

Dokumentinnsyn

En komparativ analyse av de rettslige rammer for dokumentinnsyn hos EU-Kommisjonen og EFTAs Overvåkningsorgan, særlig om innsyn i konkurransesaker.

Kandidatnummer: 228

Leveringsfrist: 1. juni 2013

Antall ord: 33.528



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Avhandlingens tema	1
1.2	Avgrensning.....	5
1.3	Rettskilder.....	6
2	GENERELT OM INNSYNSREGLER I EU-KOMMISJONEN	10
2.1	Innledning.....	10
2.2	Innsynsforordningen i et historisk perspektiv	10
2.3	Forordning nr. 1049/2001.....	15
2.4	Revisjon av innsynsforordningen	21
2.5	Oppsummering	22
3	GENERELT OM INNSYNSREGLER I ESA	24
3.1	Innledning.....	24
3.2	Historisk utvikling	24
3.2.1	Fase 1: 1994-1995	25
3.2.2	Fase 2: 1996-2007	26
3.2.3	Fase 3: 2008-2011	27
3.2.4	Fase 4: 2012-	29
3.3	Rett til dokumentinnsyn?.....	31
3.3.1	Innledning	31
3.3.2	Rettslig grunnlag 1: Innsynsreglene 2012.....	33
3.3.3	Rettslig grunnlag 2: Beskyttelse av berettigede forventninger	40
3.3.4	Rettslig grunnlag 3: Ulovfestet rett til dokumentinnsyn	43
3.4	Rettskildebruk ved tolkningen av innsynsreglene	50
3.5	Innsynsreglene 2012	52
3.6	Innsyn i traktatbruddssaker.....	58

3.6.1	Innledning	58
3.6.2	Gjenstand for innsyn	58
3.6.3	Hjemmel for unntak	61
3.6.4	Praksis	64
3.6.5	Oppsummering	65
4	SÆRLIG OM INNSYN I KONKURRANSESAKER.....	67
4.1	Innledning	67
4.2	Rettslig ramme for innsyn i konkurransesaker	69
4.3	Plikt til å foreta konkret vurdering	72
4.3.1	Hovedregelen om konkret og individuell vurdering	72
4.3.2	Unntak	73
4.3.3	Nærmere om adgangen til å bygge på generelle presumsjoner.....	74
4.3.4	Generell presumsjon i konkurransesaker?	76
4.3.5	Oppsummering og vurderinger	78
4.4	Beskyttelse av kommersielle interesser	81
4.4.1	Innledning	81
4.4.2	Vilkår om beskyttelsesverdig skade.....	82
4.4.3	Nærmere om «beskyttelsesverdig»	88
4.4.4	Oppsummering	90
4.5	Overveiende offentlig interesse i offentliggjøring.....	90
4.5.1	Innledning	90
4.5.2	Hvilke interesser er «public»?.....	91
4.5.3	Hvem har bevisbyrden?.....	95
4.5.4	Forholdet til privat håndhevelse av konkurransereglene	96
4.5.5	Konsekvenser	100
4.5.6	Oppsummering	102
5	AVSLUTNING.....	104
6	LITTERATURLISTE.....	107

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema

Formålet med avhandlingen er å gi en fremstilling av reglene om dokumentinnsyn hos Europa-Kommisjonen og EFTAs Overvåkningsorgan (heretter Kommisjonen og ESA). For Kommisjonen er reglene om dokumentinnsyn gitt i egen forordning, mens for ESA følger tilsvarende regler av ESAs forretningsorden. Oppgaven vil blant annet drøfte hvilke konsekvenser det har at reglene for dokumentinnsyn er regulert i forskjellige rettslige instrumenter hos de to institusjonene, og om hensynet til ensartethet mellom EU og EØS likevel tilsier at disse skal tolkes på samme måte.

Avhandlingen er delt inn i en generell og en spesiell del. I den generelle delen har det vært et poeng å gi en fremstilling av reglene for dokumentinnsyn hos de to institusjonene i et historisk og deskriptivt perspektiv. Denne delen inneholder også en komparativ analyse som søker å peke på likheter og ulikheter mellom de to regelsettene. I den spesielle delen undersøkes innsynsreglenes funksjon på konkurranserettens område. Grunnen er at innsynsreglene på dette område har en interessant og aktuell funksjon som etter min oppfatning fortjener omtale.

Den generelle delen starter med å fortelle hvordan reglene om dokumentinnsyn har utviklet seg i EU. Dette historiske bakteppet er viktig for hvordan reglene er utformet i dag og hvilke utfordringer reglene skaper i praksis. Deretter gis det en kort oversikt av innsynsforordningen, etterfulgt av en omtale av det pågående revisjonsarbeidet med forordningen.

Det vil bli gitt en tilsvarende fremstilling av ESAs innsynsregler, og til dette er det viet betydelig med plass. Grunnen er at temaet ikke har vært behandlet i juridisk teori siden

1997, og at rettstilstanden har utviklet seg betydelig siden den gang.¹ Det er gitt en historisk analyse av rettsutviklingen av innsynsregler hos ESA. En hovedproblemstilling er om innsynsreglene gir grunnlag for en rett til dokumentinnsyn som medfører at private kan hevde rettigheter på grunnlag av reglene. Det problematiske er at innsynsreglene er en del av ESAs forretningsorden, som normalt inneholder prosessuelle bestemmelser om interne forhold. Det spesielle og interessante med ESAs innsynsregler er at de nettopp *ikke* oppfyller en slik beskrivelse, men at de er publisert og har en ekstern funksjon overfor private ved at foretak og individer på grunnlag av reglene kan fremme innsynsbegjæringer til ESA samt bringe et eventuelt avslag fremfor EFTA-domstolen. Spørsmålet blir derfor på hvilket grunnlag innsyn egentlig kan kreves. Kan det utledes en innsynsrett på grunnlag av innsynsreglene som sådanne, eller må rettsgrunnlaget søkes på alternativt grunnlag? Et sentralt spørsmål i vurderingen av om det eksisterer en rett til dokumentinnsyn hos ESA, er i hvilken grad homogenitetsmålsetningen tilsier at en slik rett bør eksistere på bakgrunn av at aktører i EØS skal behandles likt. Dette må holdes opp mot den bakenforliggende idé om at EØS fortrinnsvis skulle være mindre forpliktende enn EU-samarbeidet, og at ikke nødvendigvis alle EU-regler uten videre kan importeres til EØS. Problemstillingen tar opp i kapittel 3.3. I forlengelsen av problemstillingen av om private kan hevde rettigheter på grunnlag av ESAs innsynsregler, reises også spørsmålet om hvilke rettskilder som kan eller skal anvendes på reglene. Svaret beror i stor utstrekning på den systematiske plasseringen av reglene innad i EØS, og om reglene gir grunnlag for rettigheter for private.

Avslutningsvis i den generelle delen skal det også gis en fremstilling av innsyn i traktatbruddssaker, som er en prinsipielt og praktisk sett viktig kategori dokumenter. Her skal det identifiseres hvilke dokumenter som er aktuelle å begjære innsyn i og hvilke unntak som kan anvendes. Som fremstillingen vil vise er unntakene så vidt formulerte at de potensielt kan anvendes og dermed unnta et hvert dokument. Samtidig er det gitt begrensninger ved at unntakene skal underkastes en snever fortolkning. Den åpenhetspraksis Kommisjonen og ESA praktiserer i traktatbruddssaker må sees i

¹ Se Fredrik Sejersted *Innsyn og integrasjon* (1997)

sammenheng med at det i slike saker alltid er en alternativ måte å oppnå dokumentinnsyn, nemlig å begjære innsyn i de samme dokumenter på nasjonalt nivå. Dette gjør at antall innsynsbegjæringer trolig er færre i slike saker. Her skal det også vises til en interessant forskjell mellom Kommisjonen og ESA, nemlig at ESA trolig kan sies å være mer åpen enn Kommisjonen i slike saker på grunn av ESAs offentlige dokumentbase.

Oppgavens spesielle del er en analyse og vurdering av innsynsreglenes funksjon på et konkret område, nemlig konkurranseretten. Bakgrunnen for dette er at innsynsforordningen i tillegg til å gjelde for Kommisjonen, også får anvendelse på øvrige EU-institusjoner og på et bredt spekter av rettsområder i EU. Dette gjelder ikke tilsvarende for ESA, som bare utøver sine funksjoner som et kontrollorgan i traktatbruddssaker og konkurransesaker. ESAs funksjoner i dette henseende er i stor grad kopiert etter mønster fra Kommisjonen, og det var følgelig naturlig å velge innsynsreglene i konkurranseretten som analyseobjekt fordi det her er en så stor grad av likhet mellom de to institusjonene. Innsynsreglene får anvendelse når det begjæres innsyn i dokumenter knyttet til konkurransesaker. Konkurranseretten inneholder ingen særskilte regler om innsyn for allmennheten, men gir i begrenset utstrekning innsyn i sakens dokumenter til de involverte parter. Fordi konkurranserettens prosedyrer er preget av hemmelighold under henvisning til taushetsplikt og beskyttelse av kommersielle interesser, skapes det et spenningsforhold når innsynsreglene, under henvisning til størst mulig grad av åpenhet, skal anvendes på dokumenter knyttet til konkurransesaker. Utfordringene i rettspraksis ved tolkningen av innsynsreglene kan tilskrives dette spenningsforholdet, og et mål med avhandlingen har vært å identifisere de tilfeller spenningen har medført at konkurranserettens regler har påvirket tolkningen av innsynsreglene.

Etter en kort innledning er det tre problemstillinger som er nærmere drøftet i den spesielle delen. Den første problemstillingen er i hvilken utstrekning Kommisjonen og ESA har plikt til å foreta en konkret vurdering av hvert dokument i en innsynsbegjæring. En konkret vurdering betyr at all informasjon i et dokument må vurderes opp mot unntakene i innsynsreglene, og dette fører til en høyere grad av åpenhet fordi institusjonen plikter å

offentliggjøre de deler av et dokument som ikke er dekket av et unntak. I de tilfeller en innsynsbegjæring gjelder et mindre antall dokumenter, skaper dette ikke nevneverdige problemer. I konkurransesaker er det i midlertidig vanlig at det begjæres innsyn i hele saksmapper, som ofte kan være svært omfattende. Dette skaper problemer for institusjonen fordi det er tid- og ressurskrevende å foreta slike vurderinger, i tillegg til at dokumenter i slike saker ofte kan unntas offentlighet. Rettspraksis har sett disse problemene, og har derfor utviklet en rekke unntak fra plikten til konkret vurdering. Et mål har vært å undersøke grunnlaget for og innholdet av ett av disse unntakene. Rettspraksis har, på usikkert grunnlag, oppstilt en adgang til å bygge på generelle presumsjoner. Unntaket har vist seg å få stor betydning, og det er derfor interessant å undersøke hva som kan gi grunnlag for slike presumsjoner samt hvilke praktiske konsekvenser dette får.

Den andre problemstillingen er knyttet til et konkret unntak i innsynsforordningen, nemlig adgangen til å unnta dokumenter fordi offentliggjøring er egnet til å skade de kommersielle interesser til et individ eller et foretak. Dette unntaket er høyaktuelt i konkurransesaker. I prosedyrene for å avdekke brudd på konkurransereglene beslaglegger Kommisjonen og ESA store mengder dokumenter fra foretak og individer. Disse dokumentene inneholder ofte informasjon om foretakets prisstruktur, markedsatferd, produksjonskvantum og andre forretningshemmeligheter. Slike opplysninger er beskyttet av taushetsplikten som fremgår av de grunnleggende traktater i EU og EØS. Spørsmålet er i hvilken utstrekning slik informasjon er (eller ikke er) dekket av unntaket om kommersielle interesser. Svaret beror på en undersøkelse av rettspraksis hvor vurderingstemaet synes å være det samme i en rekke avgjørelser uten at dette er klart formulert. Et mål har dermed vært å forsøke å sortere avgjørelsene i rettspraksis, slik at det kan formuleres klare vilkår knyttet til anvendelsen av unntaket.

Den tredje og siste problemstillingen omhandler vurderingen av om det foreligger en overveiende offentlig interesse i offentliggjøring. Dette er en interesseavveining som skal utføres av institusjonen, ESA eller Kommisjonen, etter at det er avgjort at dokumentet kan holdes tilbake fordi det er dekket av et unntak. Det sentrale i forbindelse med denne

vurderingen har vært å forsøke og finne ut hvilke interesser som er relevante (tillatt å ta i betraktning) i denne interesseavveiningen, men også hvem som har bevisbyrden i vurderingen. En undersøkelse av de få rettsavgjørelser som foreligger om denne vurderingen, synes å knytte bevisbyrden til adgangen til å bygge på generelle presumsjoner.

Avhandlingen rundes av med en overordnet analyse og sammenfatning av den foreliggende rettstilstand. Det er søkt å foreta en vurdering av om reglene gir en reell og faktisk rett til dokumentinnsyn og hvordan denne er utformet og praktisert. Det gis også kommentarer knyttet til revideringen av innsynsreglene hos Kommisjonen og ESA.

1.2 Avgrensning

Oppgaven skal behandle allmennhetens rett til dokumentinnsyn til forskjell fra privilegerte innsynsregler. Privilegerte innsynsregler er regler om innsyn som kun får anvendelse ovenfor en nærmere bestemt krets av personer. Et eksempel på slike innsynsregler er regler om partsinnsyn. I den spesielle delen av oppgaven er det likevel nødvendig å omtale reglene om partsinnsyn i konkurranseregler, da disse får direkte betydning for tolkningen av innsynsreglene. Normalt vil de formål og hensyn som reglene om privilegerte innsynsregler i stor grad skille seg fra de som ligger til grunn for allmennhetens rett til dokumentinnsyn og det synes derfor naturlig å avgrense oppgaven på dette viset som i tillegg er påkrevet av plasshensyn. Samtidig er det viktig å være klar over denne forskjellen da det ofte kan tales om innsyn uten å spesifisere dette til offentligheten eller til parter.

Offentlighetsprinsippet er ofte brukt synonymt med rett til dokumentinnsyn, men det må tydeliggjøres at retten til dokumentinnsyn kun er én av flere aspekter ved det overordnede prinsippet om offentlighet. De ulike aspektene ved offentlighetsprinsippet innenfor EU kan blant annet sies å omfatte allmennhetens rett til dokumentinnsyn, allmennhetens rett til informasjon, åpenhet i beslutningsprosesser og institusjonell gjennomsiktighet.² Temaet for

² Driessen (2012) side 4.

denne oppgaven er kun retten til dokumentinnsyn, men i enkelte sammenhenger kan det også tales om offentlighet i samme betydning. De forskjellige aspektene ved offentlighetsprinsippet er knyttet sammen ved at de innbyrdes kan styrke eller svekke hverandre. For eksempel vil en institusjon som driver aktiv opplysning og informasjonsutgivelse i forbindelse med sine beslutningsprosesser redusere behovet for innsynsbegjæringer og dermed medføre at retten til dokumentinnsyn får mindre betydning eller aktualitet. Et eksempel på dette skal behandles under kapittelet for ESAs innsynsregler hvor dette samspillet mellom aktiv opplysning og innsynsbegjæringer illustreres ved ESAs nye offentlige dokumentbase.³

1.3 Rettskilder

For å forstå strukturen i EØS er det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i det såkalte topilarsystemet.⁴ Topilarsystemet er en illustrasjon over det institusjonelle rammeverket i EØS. De to grunnpilarene er EU-pilaren og EFTA-pilaren som innbyrdes har sitt sett av institusjoner. Som en overbygning kan EØS-avtalen (med sine institusjoner) plasseres, og EØS-avtalen fungerer som et bindeledd mellom de to grunnpilarene. EUs innsynsregler kan plasseres i EU-pilaren og ESAs innsynsregler kan plasseres i EFTA-pilaren. Som følge av at de to settene av innsynsregler plasseres i hver sin pilar, har de ulike rettsgrunnlag og dermed forskjellig metodelære. EUs innsynsregler er underkastet EUs metodelære. Det er ikke like enkelt å bestemme hvilken metodelære som skal få anvendelse på ESAs innsynsregler. Rent formelt er ESAs regler opprettet i ODA, som er en rent folkerettslig traktat mellom de tre EFTA-statene Norge, Island og Liechtenstein. En skulle derfor kunne tro at det er folkerettens alminnelige regler om traktattolkning som fikk anvendelse ved tolkningen av ODA, og tolkning vedrørende ESAs virksomhet og innsynsregler.⁵ En undersøkelse av rettspraksis fra EFTA-domstolen viser i midlertidig at domstolen *ikke* viser til folkerettens regler om traktattolkning i sin praksis.⁶ Ved tolkningen av ODA er det ikke

³ Se særlig kapittel 3.2.4 og 3.6.4.

⁴ Illustrert i EØS-rett (2011) side 141.

⁵ Kodifisert i Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT).

⁶ Jfr. også omtale i Fredriksen (2010) side 258-259.

mulig å se bort fra den sterke sammenhengen og tilknytningen til EØS-avtalen. EØS-avtalen artikkel 108 nr. 1 stiller krav til at det opprettes et overvåkningsorgan til å overvåke og kontrollere EFTA-statenes overholdelse av EØS-avtalen. Dette er gjentatt i fortalen til ODA, som også angir ESAs oppgaver som er å forvalte og kontrollere EØS-retten. Et eksempel er at ESA i sin forvaltning av EØS-retten er bundet av homogenitetsmålsetningen jfr. fortalen og ODA artikkel 3. Det er altså gode holdepunkter for at ESAs virksomhet, og at ESA i sin utøvelse av sine oppgaver som forvalter av EØS-retten, skal følge EØS-rettslig metode (til forskjell fra folkerettslig metode) og at innsynsreglene derfor bør anses som en del av EØS-retten. EØS-avtalen blir definert som noe mer enn en alminnelig folkerettslig traktat og på bakgrunn av den sterke tilknytningen mellom EØS-avtalen og ODA mener jeg det er naturlig å utstrekke denne karakteristikken til også å gjelde ODA, som er opprettet i forlengelsen av EØS-avtalen.⁷ Resultatet og argumentasjonen i Schenker-saken er til støtte for dette.⁸ ESAs innsynsregler er altså plassert i EFTA-pilaren, men metodevalget skal trolig følge det som gjelder i EØS.

Kommisjonens innsynsregler er regulert i forordning nr. 1049/2001 (heretter innsynsforordningen) og forankret i TEUV artikkel 15 og EUC artikkel 42. Forarbeidene til forordningen gir liten veiledning, og da det ikke er noen sterk tradisjon i EU for å vektlegge forarbeider er det heller ikke gjort her. Det foreligger mange avgjørelser i rettspraksis, både fra Førsteinstansretten og EU-domstolen. Fordi forordningen i stor grad var en kodifisering av tidligere innsynsregler, vil det være aktuelt å ta i betraktning rettspraksis også fra tiden før forordningen. I en viss utstrekning vil uttalelser fra Generaladvokaten nevnes fordi disse kan bidra til en bedre forståelse av domstolens avgjørelse, men brukes ikke som selvstendig rettskilde.⁹ Praksis fra den Europeiske Ombudsmannen tilknyttet innsynsforordningen er ikke inkludert i oppgaven på grunn av plasshensyn, og fordi Ombudsmannens rolle de senere år ikke har vært av prinsipiell betydning. Det er ikke mye juridisk litteratur om innsynsforordningen, men den er ofte behandlet kort og overfladisk i

⁷ Se sak E-9/97 Sveinbjörnsdóttir mot Island premiss 59.

⁸ Nærmere omtale i kapittel 3.3.4.

⁹ Se EØS-rett (2011) side 135 og EØS-rett (2012) side 108.

generell EU-litteratur.¹⁰ Foruten om dette er det skrevet en del artikler om forordningen, da særlig knyttet til avgjørelsene i rettspraksis eller forordningens særlige funksjon på et konkret rettsområde.

ESAs innsynsregler er regulert i deres forretningsorden jfr. ODA artikkel 13. Fordi reglene er vedtatt som forretningsorden eksisterer det ikke noen forarbeider til reglene som kan bidra i tolkningen og anvendelsen av reglene. Det at reglene er vedtatt som en del av ESAs forretningsorden har også andre virkninger, og det kan ikke med sikkerhet fastslås hvilke rettslige virkninger og eventuelle rettigheter som reglene gir. ESAs praktisering av innsynsreglene blir ikke publisert, men det er mulig å begjære innsyn i vedtak. På den måten vil det være mulig å kartlegge hvorledes avslagene begrunnes og hvilke argumenter og rettskilder ESA påberoper seg. Det foreligger én avgjørelse fra EFTA-domstolen og ytterligere seks pågående saker knyttet til innsynsreglene.¹¹ Sakene illustrerer at EFTA-domstolen anser seg berettiget til å foreta en fullstendig overprøving av ESAs vedtak, samtidig som at EFTA-domstolen har fastslått at ESAs regler *må* tolkes likt som EUs regler. Etter EFTA-domstolens avgjørelse ble rettskildebildet altså tydelig utvidet til å omfatte rettspraksis fra både EU- og EFTA-domstolen. Det er ingen oppdatert litteratur som behandler innsynsreglene etter 1997.¹²

Perspektivet i avhandlingen er preget av at den er skrevet fra et norsk ståsted. I Norge er dokumentinnsyn sterkt knyttet til andre grunnleggende verdier i samfunnet som demokrati og ytringsfrihet, som ikke nødvendigvis er like fremtredende i EØS-retten. Fremstillingen søker i størst mulig utstrekning å beskrive og analysere reglene om dokumentinnsyn på et selvstendig grunnlag og på premissene som følge av det rettssystemet de eksisterer i, det vil si uavhengig av norsk rett og det verdisynet som følger derav. De norske verdier og

¹⁰ Den eneste boken som utelukkende behandler retten til dokumentinnsyn i EU er «*Transparency in EU Institutional Law, A Practitioner's Handbook*» skrevet av Bart Driessen hvor nyeste utgave er fra 2012. Boken har et bredt perspektiv, men holder seg på et overfladisk nivå i sin behandling av de fleste temaer.

¹¹ Omtalt med referanser i kapittel 3.2.4.

¹² ESAs innsynsregler er omtalt i boken «*Innsyn og integrasjon*» side 215-228, skrevet av Fredrik Sejersted i 1997.

perspektiver knyttet til retten til dokumentinnsyn får likevel betydning i drøftelsen av om det bør være en rett til dokumentinnsyn hos ESA.

Reglene om dokumentinnsyn er stadig i utvikling, og dette er søkt fremhevet ved å omtale den historiske utviklingen av innsynsregler hos både Kommisjonen og ESA, samt den pågående utviklingen. ESAs innsynsregler ble senest endret i september 2012, og innsynsforordningen i EU er under revisjon. Fordi ESAs regler er vedtatt gjennom deres forretningsorden kunne ESA på enkel måte vedta nye regler som trådte i kraft påfølgende dag i motsetning til EU hvor revisjonsarbeidet allerede har pågått i seks år uten at enighet er oppnådd. I endringen av innsynsreglene vil det formelle rettslige grunnlaget til innsynsreglene få betydning og dette gir forskjellige løsninger for henholdsvis reglene til Kommisjonen og ESA.

I den utstrekning det siteres fra rettskilder i EU er sitatene normalt på engelsk. I arbeidet med avhandlingen er også øvrige språkversjoner brukt, navnlig dansk og fransk fordi dette tidvis har vært nødvendig for å gi en bedre forståelse av stoffet og fremheve nyanser. I tolkningen av EØS-avtalen og ODA er det de norske versjonene som er brukt da disse har gyldighet på tilsvarende måte som forhandlingsspråket ved vedtakelsen (engelsk).¹³

¹³ EØS-avtalen artikkel 129 nr. 1 og ODA artikkel 53 nr. 1 annet ledd.

2 Generelt om innsynsregler i EU-Kommisjonen

2.1 Innledning

Regler om dokumentinnsyn hos EU-Kommisjonen reguleres av forordning nr. 1049/2001 (heretter innsynsforordningen). Formålet med dette kapittelet er å gi redegjørelse av hovedlinjene i innsynsforordningen.¹⁴ Fremstillingen er kronologisk bygget opp, det skal først redegjøres for den historiske fremveksten av innsynsregler i EU, kapittel 2.2. Derneft omtales det gjeldende regelsett i kapittel 2.3. Til sist skal den videre utviklingen av innsynsregler skisseres i kapittel 2.4, og deretter en oppsummering i kapittel 2.5.

2.2 Innsynsforordningen i et historisk perspektiv

Utviklingen av regler om dokumentinnsyn i EU har en omfattende historie.¹⁵ Det følgende kapittel vil søke å gi en oversiktlig fremstilling av de viktigste punktene i utviklingen.

Problemstillingen om offentlighet i EU har lenge vært på den politiske agendaen. Debatten startet allerede før Maastricht-traktaten som en del av diskusjonen om demokratisk underskudd i EU. Debatten om demokratisk underskudd i EU har flere aspekter. Kort sagt er det tale om karakterisering av generelle demokratiske kvaliteter, som ikke eksisterer i Unionen, eller som ikke er godt nok utbygget sammenliknet med nasjonalstatene. Det problematiske for nasjonalstatene er at de har overført myndighet (både lovgivende, utøvende og dømmende) til Unionen og en slik overføringen av myndighet til svakere demokratiske institusjoner er problematisk for mange av EUs medlemsstater. Økt offentlighet, herunder dokumentinnsyn, har vært et av flere bøtemidler på problemet.¹⁶

¹⁴ Litteratur om offentlighet og dokumentinnsyn i EU, se for eksempel Craig (2012) side 356 til 366. For en helhetlig fremstilling, se Driessen (2012).

¹⁵ Litteratur om den historiske fremveksten av innsynsregler i EU, se blant annet *Increasing Transparency in the European Union?* (2002) side 7 og Peers (2003) side 385.

¹⁶ Kort innledning i debatten om demokratisk underskudd i EU, se Craig (2011) side 149 med videre henvisninger. Se NOU 2012: 2 side 827 for en nærmere omtale av Norges forhold til det demokratiske underskuddet i EU.

Misnøyen med det demokratiske underskuddet i EU var synlig ved vedtakelsen av Maastricht-traktaten i 1992. Da traktaten skulle godkjennes i medlemslandene, skapte flere land vanskeligheter ved at de nektet å ratifisere traktaten.¹⁷ Dette var direkte knyttet til det demokratiske underskuddet, og løsningen var blant annet en erklæring tilknyttet traktaten.¹⁸ Erklæringen inneholdt en stadfestelse om at gjennomsiktighet i vedtakelsesprosessen vil styrke institusjonenes demokratiske karakter og allmennhetens tillitt til administrasjonen. Videre påla erklæringen Rådet og Kommisjonen å levere en rapport som skulle gi det videre grunnlaget for å bedre allmennhetens tilgang på informasjon hos EUs institusjoner. Fristen for dette var to år.

I de følgende år ble det avgitt to rapporter fra Kommisjonen og Rådet som fulgte opp erklæring 17. Én av rapportene redegjorde for regler om dokumentinnsyn i EUs daværende medlemsstater, mens den andre redegjorde for sentrale hensyn som kan begrunne en adgang til dokumenter.¹⁹ Den 6. Desember 1993 vedtok Rådet og Kommisjonen en felles «Code of conduct» som bygget på de to foregående rapportene hvor det fremgikk at atferdskodeksen skulle gi allmennheten «the widest possible access to documents» og fastsatte en frist for gjennomføringen av disse prinsippene.²⁰ Både Rådet og Kommisjonen gjennomførte atferdskodeksen gjennom sine forretningsordener, henholdsvis artikkel 151 (3) og 161 (2),²¹ og publiserte reglene i EF-tidene.²²

Nederland gikk til søksmål mot Rådet under henvisning til at rett til dokumentinnsyn utgjorde et generelt prinsipp, og dermed ikke kunne reguleres i Rådets forretningsorden.²³ Det er tre sentrale konklusjoner som kan utledes av dommen. For det første ble det ikke avvist (men heller ikke bekreftet) at regler om dokumentinnsyn er et generelt prinsipp. For

¹⁷ Danmark, Frankrike og Storbritannia.

¹⁸ Declaration 17 to the Final Act of the Treaty on European Union (TEU).

¹⁹ Publisert i OJ 1993/C 156/05 og OJ 1993/C 166/04.

²⁰ Publisert i OJ 1993/L 340/41.

²¹ Traktaten om den Europeiske Union, konsolidert versjon 1992, publisert OJ 92/C 224/01.

²² Publisert i OJ 1993/L 304/01 og OJ 1993/L 46/58.

²³ Sak C-58/94 Nederland mot Rådet.

det andre var det adgang for Rådet å gi regler om dokumentinnsyn gjennom sin forretningsorden. For det tredje åpnet domstolen for at disse kunne ha rettslig effekt overfor tredjepersoner. Sistnevnte ble bekreftet i WWF-saken.²⁴ Domstolen kom frem til at innsynsreglene skapte en berettiget forventning om innsyn hos borgerne som forpliktet Kommisjonen.²⁵ Det faktum at reglene var karakterisert som interne retningslinjer, frivillig vedtatt for organisering internt i organisasjonen var ikke avgjørende. Merk at det er ikke forretningsordenen som sådan som gjør at reglene er rettslig bindende, men det er prinsippet om berettigede forventninger.²⁶

Den Europeiske Ombudsmannen startet i juni 1996 et arbeid på eget initiativ for å bedre rutiner og regler vedrørende dokumentinnsyn hos de ulike institusjonene i EU.²⁷ Etter ombudsmannens syn var det «maladministration» ikke å ha regler vedrørende dokumentinnsyn. Året etter leverte Ombudsmannen en særskilt rapport om temaet.²⁸ Rapporten viste at flere av institusjonene hadde vedtatt regler om dokumentinnsyn.²⁹

Tolkningen av reglene til Kommisjonen og Rådet var gjenstand for tvist i flere saker for domstolene og ombudsmannen. Det gis ikke en uttømmende fremstilling av disse her, men relevante avgjørelser vil bli omtalt i den utstrekning de har betydning for nåværende rettstilstand.

Amsterdamtraktaten fra 1999 var en viktig milepæl i den rettslige utviklingen om dokumentinnsyn i EU. For første gang ble adgangen til å kreve dokumentinnsyn fastslått i selve traktatteksten. Innledningsvis fremgikk det av artikkel 1 (2) at avgjørelser skal besluttet «as openly as possible». Bestemmelsen gir anvisning på et nytt steg i retning av

²⁴ Sak T-105/95 WWF mot Kommisjonen.

²⁵ Ibid. Premiss 55.

²⁶ Nærmere om dette i tilknytning til ESAs regler (som er regulert i en forretningsorden) se kapittel 3.3.3.

²⁷ Se omtale i Harden (2002) side 123-146 og Peers (2002) side 19-28.

²⁸ Publisert i OJ 1998/C 44/9.

²⁹ Flere av institusjonene tok utgangspunkt i eller kopierte reglene fra Kommisjonen og Rådet. Det var opp til hver enkelt institusjon å bestemme på hvilken måte reglene skulle gjøres kjent. Som resultat var det enkelte av institusjonene som publiserte sine regler, og andre ikke. Se for øvrig rapporten avsnitt C.4.

en mer gjennomiktig og åpen union. Artikkel 255 gav uttrykk for en rett til dokumentinnsyn. Bestemmelsen lød som følger:

*«1. Any citizen of the Union, and any natural or legal person residing or having its registered office in a Member State, shall have a right of access to European Parliament, Council and Commission documents, subject to the principles and the conditions to be defined in accordance with paragraphs 2 and 3.
2. General principles and limits on grounds of public or private interest governing this right of access to documents shall be determined by the Council, acting in accordance with the procedure referred to in Article 251 within two years of the entry into force of the Treaty of Amsterdam.
3. Each institution referred to above shall elaborate in its own Rules of Procedure specific provisions regarding access to its documents.»³⁰*

Bestemmelsen gav uttrykk for flere forhold. Det viktigste var etableringen av en *rett* til dokumentinnsyn. Dette var et gjennomslag i tråd med Nederlands argumenter i saken mot Rådet.³¹ Retten tilkommer enhver borger i Unionen, og gjelder de dokumenter som er lokalisert hos de tre hovedinstitusjonene; Parlamentet, Rådet eller Kommisjonen. Videre angis det også at det er begrensninger i retten til dokumentinnsyn jfr. ordlyden: «subject to principles and conditions». Som fremstillingen ovenfor viser hadde allerede Rådet, Parlamentet og Kommisjonen på dette tidspunkt regulert retten til innsyn i sine forretningsordener i tråd med artikkel 255 nr. 3.

Artikkel 255 førte til vedtakelsen av forordning 1049/2001 om dokumentinnsyn. Forordningen ble vedtatt 30. mai 2001, en måned forsinket i henhold til traktatens fastsatte frist. Reglene blir behandlet nedenfor i avsnitt 2.3. Praksis vedrørende tolkningen av atferdskodeksen er relevant ved tolkningen av forordningen, da forordningen i stor grad er en videreutvikling av prinsippene fra kodeksen.

Lisboatraktaten fra 2007 representerer den nyeste revideringen av EUs grunnleggende traktater.³² Etter Lisboa, som trådte i kraft fra desember 2009 er det i TEU artikkel 1 nevnt

³⁰ Bestemmelsen er videreført i TEUV artikkel 15.

³¹ Likevel er det verdt å nevne at bestemmelsen ikke er plassert i traktaten sammen med øvrige «general principles» som er inntatt i traktatens første del, men er plassert i kapitlet om institusjonene. Retten til dokumentinnsyn på dette tidspunktet har ennå ikke status som et generelt prinsipp i EU.

³² Samlet publisering i OJ 2008/C 115/01.

at beslutninger skal treffes så åpent som mulig, og TEUV artikkel 15 gir en rett til dokumentinnsyn. TEUV artikkel 15 er plassert sammen med øvrige generelle EU-prinsipper, og har nå status som et generelt EU-rettslig prinsipp. Bestemmelsen bygger i stor grad og viderefører det som tidligere var nedtegnet i artikkel 255 etter Amsterdam-traktaten. Første ledd gjentar at institusjonene skal utøve sitt arbeid så åpent som mulig. Videre fastslår tredje leddet retten til dokumentinnsyn. Det følger videre av fjerde og femte ledd at adgangen til og begrensninger for dokumentinnsyn skal gis ved forordning, men også at institusjonene skal ha regler for å håndtere innsynsbegjæringer. I tillegg ble det med Lisboatraktaten vedtatt en egen Menneskerettighetskatalog (EUC) som skal ha samme juridiske verdi som traktatene jfr. TEU artikkel 6 nr.1. EUC artikkel 42 gir uttrykk for en rett til dokumentinnsyn. Det er antatt i juridisk teori at EUC artikkel 42 ikke har noen selvstendig betydning for retten til dokumentinnsyn.³³

For å oppsummere kan det sies at utviklingen av innsynsregler i EU har vært langsom. Fra vedtakelsen av Maastricht og erklæring nummer 17 i 1992 tok det nesten 10 år før forordningen var vedtatt og trådt i kraft. Utviklingen av innsynsregler skyldes initiativ og krav fra medlemsstater³⁴ i søken etter sterkere demokratiske kvaliteter i Unionen. I begynnelsen var innsynsregler ansett som et internt anliggende for institusjonene i EU, og dermed noe som kunne reguleres i egne forretningsordener.³⁵ Utviklingen har hele tiden gått i retning av mer åpenhet, og det har vært rettet oppmerksomhet mot å styrke det formelle grunnlaget til åpenhet og dokumentinnsyn. Retten til dokumentinnsyn er i dag et grunnleggende prinsipp i EU.

³³ Se Driessen (2012) side 7-8.

³⁴ Landene Danmark, Nederland og Sverige har vært synlige i kampen for åpenhet blant annet ved at de stadig intervenerer i saker for domstolene.

³⁵ Jfr. Curtin m.fl (2013) side 6

2.3 Forordning nr. 1049/2001

Innsynsforordningen ble vedtatt 30. mai 2001 og inneholder 19 artikler som regulerer adgangen til dokumentinnsyn i den Europeiske Unionen.³⁶ Formålet med forordningen følger av artikkel 1 som stadfester tre grunnleggende formål. Forordningen skal sikre «*the widest possible access to documents*», «*the easiest possible exercise of this right*» og «*promote good administrative practice*».

Det første formålet om «*widest possible access*» ble først nedtegnet i atferdskodeksen og ble videreført i forordningens artikkel 1 (1) bokstav a.³⁷ Målet er også omtalt i fortalen til forordningen avsnitt 4 hvor det fremgår at forordningens skal gi «... *the fullest possible effect to the right of public access to documents*». Videre angir avsnitt 11 at «*in principle, all documents of the institutions should be accessible to the public*». Det følger altså av forordningens ordlyd at målsettingen er en høy grad av åpenhet. I WWF-saken fastslo domstolen at som følge av denne målsetningen må «*the exceptions ... be construed and applied strictly, in a manner which does not defeat the application of the general rule*». Domstolen gir her anvisning på en snever tolkning og anvendelse av unntakene.³⁸ Formålet om høy grad av åpenhet, og den snevre tolkningen av unntakene, har vært nøye opprettholdt i rettspraksis.

Det andre formålet om «*easiest possible access*» stiller krav til gjennomføringen og praktiseringen av reglene. Målet må leses i sammenheng med det første formålet, det at dokumenter er lett tilgjengelig vil være med på å støtte formålet om den høyeste grad av åpenhet. Omvendt vil en omfattende prosess, det være seg både i tid og omfang, virke

³⁶ Etter vedtakelsen av forordningen endret Kommisjonen sine «rules of procedure» for å sikre overensstemmelse med forordningen, se OJ 2001/L 345/94.

³⁷ Se ovenfor i kapittel 2.2.

³⁸ Sak T-105/95 WWF mot Kommisjonen premiss 56. Avgjørelsen ble avgjort på grunnlag av atferdskodeksen. Uttalelsen i saken er opprettholdt i rettspraksis under den nye forordningen. Se for eksempel uttalelse i sak T-194/04 Bavarian Lager mot Kommisjonen premiss 94 som omtaler uttalelsen fra nevnte sak som etablert rettspraksis.

avskrekkende for en som vurderer å begjære innsyn. Det er viktig at det er en lav terskel for å begjære innsyn.

Det tredje formålet om å «*promote good administrative practice*» stiller krav til at institusjonene som er bundet av forordningen utvikler en god forvaltningspraksis vedrørende reglene. Dette er ivaretatt på flere måter. Forordningen stiller krav til den tidsmessige behandlingen av innsynsbegjæringer, etablering av kontrollkomité, årsrapporter mv. Videre kan avslag på innsynsbegjæringer kan påklages til ombudsmannen og domstolen jfr. artikkel 8 nr. 1.

Forordningens virkeområde er regulert i artikkel 2. Det følger av artikkel 2 (1) at det er «the institutions» som er forpliktet av reglene. Bestemmelsen gir ingen videre anvisning på hvilke institusjoner som er omfattet. Det følger av tittelen på forordningen at ordlyden i hvert fall dekker Rådet, Kommisjonen og Parlamentet. Etter vedtakelsen av Lisboatraktaten er det fremmet forslag om å endre ordlyden i innsynsforordningen til også å omtale «all Union institutions, bodies, offices and agencies» slik at forordningen gir uttrykk for gjeldende rett.³⁹ Endringen er ikke gjennomført, og inntil videre er rettsstilstanden slik at øvrige institusjoner og organer allerede anvender eller har tilsvarende regler om dokumentinnsyn selv om de ikke formelt er bundet av forordningen.⁴⁰ Derfor kan det sies at endringen er av formell karakter.⁴¹

Det følger av artikkel 2 (1) at retten til dokumentinnsyn tilkommer «*any citizen of the Union and any natural or legal person residing or having its registered office in a Member State*». Etter TEUV artikkel 20 (1) tilkommer unionsborgerskap enhver som er statsborger i en medlemsstat. Dette medfører at alle som er statsborger i en av EUs 27 medlemsstater også har unionsborgerskap, og dermed kan påberope seg dokumentinnsyn på grunnlag av

³⁹ Se COM (2011) 137 side 4 og 5.

⁴⁰ Endringen er således av formell karakter. Men som det fremgår tvisten i sak C-58/94 Nederland mot Rådet vil det åpenbart styrke retten til dokumentinnsyn ved å regulere retten i en forordning.

⁴¹ Jfr. avsnitt 2.2 om ombudsmannens arbeid på dette området.

forordningen. Forordningen artikkel 2 nr. 2 åpner for at individer og foretak utenfor EU kan få innsyn i dokumenter, hvilket er fulgt i praksis.⁴²

Forordningen artikkel 3 (1) bokstav a inneholder en definisjon av hva som skal være å anse som et dokument. Et dokument er ethvert innhold, uavhengig lagringsmedium, som omhandler noe som kan relateres til politikk, aktiviteter eller avgjørelser som faller inn under institusjonens virkeområde. Etter artikkel 2 (3) omfatter dette både dokumenter som er utarbeidet av institusjonen og dokumenter som institusjonen har mottatt fra tredjeparter. Regelen om at forordningen skulle få anvendelse på dokumenter fra tredjeparter var ny, og medførte en endring av tidligere rettstilstand hvor det var påkrevet å begjære innsyn hos den tredjepart som hadde utformet dokumentet.⁴³ Definisjonen av dokument er vid, og har ikke skapt nevneverdige problemer i rettspraksis.

Innsynsreglene er gjennom forordningen knyttet til dokumenter. Men det verdifulle er ikke dokumentet som sådant, men informasjonen nedtegnet på dokumentet. Dette var gjenstand for tvist i Hautala-saken.⁴⁴ Her fastslo domstolen ut fra en tolkning av gjeldende regler at i de tilfeller et dokument kan holdes tilbake med hjemmel i et gitt unntak, plikter institusjonen å vurdere om deler av dokumentet likevel kan offentliggjøres (meroffentlighet). Dette er løst i innsynsforordningen artikkel 4 nr. 6 som forplikter institusjoner å praktisere meroffentlighet. Dommen illustrerer at unntaksvurderinger skal knyttes til informasjonen i dokumentet, og ikke til dokumentet som en helhet.

Den overordnede hovedregelen i innsynsforordningen er at dokumenter skal være offentlige, med mindre de er dekket av et eller flere unntak i artikkel 4. Rettspraksis har fastslått at det ikke er tilstrekkelig at et dokument (eller informasjon) er dekket av et eller flere av unntakene i artikkel 4. Det må foretas en konkret og individuell vurdering av hvert

⁴² Se artikkel 1 (2) i Kommisjonens forretningsorden om dette, publisert i OJ 2001/L 345/94.

⁴³ Regelen ble kalt «authorship rule» og er omtalt nedenfor i kapittel 3.6.3.

⁴⁴ Sak T-14/98 Heidi Hautala mot Rådet, anke nektet i C-535/99 Rådet mot Heidi Hautala. Dommen ble avgjort etter Rådets forretningsorden se ovenfor i kapittel 2.2.

dokument, selv om begjæringen gjelder et stort antall dokumenter.⁴⁵ Risikoen for at en interesse skal skades av offentliggjøring må være synbar, og ikke rent hypotetisk.⁴⁶ Institusjonen må videre begrunne spesifikt at og hvorfor det aktuelle unntaket får anvendelse.⁴⁷ Det er adgang til å påberope seg flere unntak i henhold til et og samme dokument. Ordlyden i artikkel 4 er ikke til hinder for dette, og det følger av rettspraksis under kodeksen og forordningen at dette er tillatt.⁴⁸

Innenfor de mange unntak som artikkel 4 oppstiller, kan det skilles mellom de absolutte og de relative unntak. De absolutte unntak følger av artikkel 4 (1). Hvis et tilfelle kan sorteres under et av tilfellene nevnt i bestemmelsen, *skal* det nektes innsyn. Dette utledes direkte fra ordlyden «shall». De relative unntak er de følgende unntakene i artikkel 4 (2)-(4). I disse tilfellene skal et dokument holdes tilbake hvis hele eller deler av dokumentet er dekket av et eller flere av unntakene. Dette gjelder likevel ikke hvis det er «an overriding public interest in disclosure». Bestemmelsene gir anvisning på en vurdering i etterkant av subsumsjon under et unntakstilfelle, og det er dette som medfører klassifiseringen som relative unntak.

De beskyttede formål som kan begrunne unntak fra offentliggjøring i artikkel 4 er beskyttelsen av en fysisk eller juridisk persons forretningsmessige interesser, herunder intellektuelle eiendomsrettigheter, rettslige prosedyrer og juridisk rådgivning, formålet med inspeksjoner, undersøkelser og revisjon eller skadeliggjøring av institusjonens beslutningsprosess. Det vil ikke bli foretatt noen nærmere gjennomgang av de konkrete unntakene i dette kapitlet.⁴⁹ Ordlyden i alle unntakene er vidt formulert og kan potensielt

⁴⁵ Se mer om dette i kapittel 4.3.

⁴⁶ Sak T-211/00 Kuijer mot Rådet premiss 56 med videre henvisning til sak T-174/95 Svenska Journalistförbundet mot Rådet premiss 112.

⁴⁷ Sak C-506/08 Sverige og MyTravel mot Kommisjonen premiss 76 med videre henvisninger.

⁴⁸ Se for eksempel sak T-105/95 WWF mot Kommisjonen premiss 61.

⁴⁹ Unntaket om beskyttelse av kommersielle interesser i konkurransesaker er omtalt i kapittel 4.4 Av litterære verk er det kun Driessen (2012) som gir en utførlig behandling av alle unntak med henvisning til rettspraksis.

favne vidt, begrensningen ligger i at unntakene skal tolkes svært snevert som følge av den overordnede målsettingen om størst mulig åpenhet.

Siste ledd av vurderingen er om det finnes en overveiende offentlig interesse i offentliggjøring. Hvis dette er tilfellet kan dokumentet ikke unntas offentlighet.⁵⁰ Det sentrale spørsmålet er hvilke interesser som er relevante (tillatt å ta i betraktning) og hva som ligger i ordet «overriding». Selve forordningen gir ingen videre veiledning i hvorledes vurderingen skal utføres, men det er fremkommet noen retningslinjer gjennom rettspraksis.⁵¹

Innsynsforordningen inneholder også regler for saksbehandlingen av innsynsbegjæringer i artikkel 7-10. De formelle kravene til en innsynsbegjæring fremgår av artikkel 6. Merk at det ikke er nødvendig å begrunne innsynsbegjæringer.⁵² Det fremgår ikke av ordlyden i innsynsreglementet, men er en direkte konsekvens av forordningens formål om innsyn for allmennheten og at innsyn gis *erga omnes*.⁵³ Dette betyr at offentliggjøring gjelder overfor alle, og ikke bare til vedkommende som har begjært innsyn.⁵⁴

Kommisjonen er den EU-institusjonen som mottar flest innsynsbegjæringer.⁵⁵ Kommisjonen praktiserer en høy grad av åpenhet og gir innsyn i 80 % av tilfellene.⁵⁶ De mest populære unntakene i 2011 var artikkel 4 nr.2 første og tredje strekpunkt (beskyttelse av kommersielle interesser og pågående etterforskninger) samt artikkel 4 nr. 3 første ledd.⁵⁷

⁵⁰ Artikkel 4 nr. 2 samt nr. 3 (1) og (2).

⁵¹ Det nærmere innholdet i denne testen er gjenstand for redegjørelse i kapittel 4.5.

⁵² Artikkel 6 nr. 1 in fine.

⁵³ Se for eksempel i sak T-439/08 *Joséphidès mot Kommisjonen*. Premiss 116.

⁵⁴ Se også i Kommisjonens retningslinjer artikkel 9 nr. 2 bokstav e som angir at det skal skje automatisk offentliggjøring hvis et dokument tidligere er offentliggjort.

⁵⁵ COM (2012) 429 side 8.

⁵⁶ Ibid. side 9.

⁵⁷ Ibid. side 4, 5 og 10.

Det er adgang til å påklage et avslag på en innsynsbegjæring til Ombudsmannen, jfr. artikkel 8 nr. 1 og TEUV artikkel 228.⁵⁸ I 2011 avsluttet Ombudsmannen 318 saker, 20 av disse gjaldt innsynsforordningen, hvorav 14 gjaldt Kommisjonen.⁵⁹ Det er ikke kommet noen prinsipielle avklaringer gjennom praksis fra Ombudsmannen. Et avslag på en innsynsbegjæring kan også bringes inn for domstolen jfr. TEUV artikkel 263.⁶⁰ Det foreligger rikholdig rettspraksis vedrørende tolkningen av innsynsforordningen fra domstolen, hvilket indikerer at dette er en adgang som benyttes. Majoriteten av avgjørelsene er avsagt i Førsteinstansretten, men det foreligger også enkelte saker fra EU-domstolen.⁶¹ I 2011 ble det avsagt én avgjørelse av EU-domstolen,⁶² og seks avgjørelser fra Førsteinstansretten.⁶³ I 2010 ble det avsagt fire avgjørelser av EU-domstolen, og fem avgjørelser fra Førsteinstansretten.⁶⁴ Sakene i rettspraksis gjelder både materielle og prosessuelle spørsmål vedrørende innsynsforordningen. En undersøkelse av rettspraksis viser at EU-domstolen i stor grad tilsidesetter eller vesentlig endrer de resultater som fremkommer i Førsteinstansretten. Dette var tilfellet i alle fem saker fra 2010 og 2011 som gjaldt Kommisjonens praktisering av innsynsforordningen.⁶⁵

⁵⁸ Se Det er tidligere redegjort for at Ombudsmannen har spilt en sentral rolle når det gjelder utvikling av innsynsreglene, se kapittel 2.2.

⁵⁹ Ombudsmannens Årsberetning 2011, sidene 28, 38 og 39. At såpass mange saker gjelder Kommisjonen må sees i sammenheng med at Kommisjonen er den EU-institusjonen som mottar flest innsynsbegjæringer. Se Com (2012) 429 side 8.

⁶⁰ Prøving er begrenset til legalitetskontroll, se om dette i sak C-266-05 Sison mot Rådet. Premiss 64.

⁶¹ De rettssakene for Førsteinstansretten og EU-domstolen som gjelder Kommisjonens tolkning og anvendelse av innsynsforordningen er omtalt i Kommisjonens årsrapporter.

⁶² Sak C-506/08 Sverige/My Travel mot Kommisjonen.

⁶³ Se Com (2012) 429 side 5 og 6.

⁶⁴ Se Com (2011) 492 side 5 og 6.

⁶⁵ Se C-506/08 Sverige og MyTravel mot Kommisjonen, C-139/07 Kommisjonen mot TGI, C-28/08 Kommisjonen mot Bavarian Lager, forenede saker C-514/07 og C-528/07 Sverige, API og Kommisjonen og C-362/08 Int. Hilfsfonds mot Kommisjonen. De fire første gjaldt den materielle tolkningsspørsmål, og sistnevnte gjaldt et prosessuelt spørsmål. Alle sakene med unntak av den første ble avsagt i storkammer jfr. TEUV artikkel 251.

2.4 Revisjon av innsynsforordningen

I 2007 påbegynte arbeidet med å revidere innsynsforordningen.⁶⁶ Målet med revideringen er å bringe forordningen i overensstemmelse med gjeldende rettstilstand. Dette innebærer mindre tekniske oppdateringer hva gjelder henvisninger til den nye Lisboa-traktaten, grunnlaget for innsynsretten i tillegg til at de tolkninger og justeringer som er utarbeidet i rettspraksis vurderes innført eller fraveket i ny forordningstekst. Det er i 2013 seks år siden revisjonsarbeidet begynte uten at det foreligger enighet.⁶⁷

Selv om den nye forordningen ikke er på plass er det til gjengjeld oppstått rettslig tvist vedrørende tilgang på informasjon knyttet til revisjonsarbeidet. I Access Info Europe-saken var tilfellet at en spansk interesseorganisasjon begjærte innsyn i dokumenter knyttet til et forslag til den nye innsynsforordningen. Rådet gav delvis innsyn, men sensurerte navnet på medlemsstatene slik at det ikke var mulig å knytte de ulike forslagene til en konkret stat. Access Info Europe brakte avslaget fremfor Førsteinstansretten og fikk medhold, men Rådet har anket saken slik at det endelige utfallet enda ikke foreligger.⁶⁸ Saken er interessant fordi de landene som skal revidere innsynsforordningen i tråd med EU-rettens åpenhetspolitikk selv ønsker hemmelighold rundt forhandlingene. I denne saken var det Rådet som ønsker å slå en ring rundt sine arbeidsformer, for å skape fred til å tenke, debattere og komme frem til løsninger uten innblanding og press fra offentligheten. Hovedpoenget ved demokratiet er at lovgivning ikke skal bli til bak lukkede dører, men være gjenstand for åpen debatt. Det er derfor ikke vanskelig å se hvorfor Førsteinstansretten ikke gav Rådet medhold i sine argumenter.⁶⁹ Men Kommisjonen ønsker også tilsvarende «fred» rundt sine administrative prosedyrer med samme begrunnelse som Rådet, og hevder gjennomgående for domstolen at behovet for åpenhet ikke gjør seg like

⁶⁶ Se Com (2007) 185 Green Paper. Public Access to Documents held by institutions of the European Community. A review.

⁶⁷ Det vil favne for vidt å redegjøre for alle punkter det hersker uenighet om. En gjennomlesing av Parlamentets kommentarer til Kommisjonens forslag illustrerer at det er uenighet om alt fra mindre omformuleringer til forslag av mer substansiell karakter, se P7_TA (2011) 0580. Et av Kommisjonens forslag er omtalt i kapittel 4.4.

⁶⁸ Sak T-233/09 Access Info Europe mot Rådet og Sak C-280/11 Rådet mot Access Info Europe.

⁶⁹ Ibid. Premiss 68-71.

sterkt gjeldende i administrative saker som i lovgivningsmessige saker. Dette har fått gjennomslag i rettspraksis, i hvert fall et lite stykke på vei.⁷⁰

2.5 Oppsummering

Kapittel 2 har gitt en oversikt over den historiske bakgrunnen for innsynsforordningen, gjeldende rettstilstand og det pågående revisjonsarbeidet. Fra et analytisk ståsted er det verdt å fremheve enkelte utviklingstrekk.

For det første har det skjedd en styrking av retten til dokumentinnsyn. Dette illustreres blant annet gjennom det rettslige grunnlaget. Retten til dokumentinnsyn har utviklet seg fra å være ikke-eksisterende til å være regulert i de grunnleggende traktater jfr. TEUV artikkel 15 jfr. EUC artikkel 42 med detaljerte regler i innsynsforordningen.

For det andre har utviklingen i Unionen hele tiden gått i retning av mer åpenhet. Denne utviklingen er avledet den generelle styrkingen av retten til dokumentinnsyn som er fremhevet ovenfor. Ved å traktatfeste og regulere innsynsretten i en forordning, har institusjonene vært tvunget til å praktisere mer åpenhet, som i tillegg håndheves av domstolene og Ombudsmannen. Gjennom rettspraksis er det stilt krav til hvorledes forordningen skal tolkes og anvendes, og avgjørelsene er gjennomgående positive og underbygger en reell rett til dokumentinnsyn. Samtidig viser avgjørelsene at innsynsforordningen byr på problemer, spesielt på de områder hvor forordningen møter på andre innsynsregimer som gir anvisning på en større grad av hemmelighold. Eksempel på rettsområder som ikke proklamerer åpenhet, men snarere beskyttelse og hemmelighold er personvern og konkurranserett.⁷¹

For det tredje gir vanskelighetene i revideringen av innsynsforordningen indikasjon på at det stadig er uenighet om hvilket innhold om hvilken grad av åpenhet som skal praktiseres i

⁷⁰ Se nærmere i kapittel 4.3 og 4.5 hvor det i rettspraksis oppstilles et skille mellom administrative og lovgivningsmessige tilfeller, og det i sistnevnte tilfelle er oppstilt strengere krav til åpenhet.

⁷¹ Innsynsreglenes konflikter med konkurranse-spesifikke regler om begrenset innsyn behandles i kapittel 4.

tiden fremover. Forklaringen er at EU teller 27 medlemsstater og det er på det rene at disse landene har forskjellige tradisjoner i henhold til åpenhet og dokumentinnsyn. Ikke bare er det ulike syn blant medlemsstatene, men også de forskjellige EU-institusjonene har sin egen åpenhets-agenda. Med dette menes at institusjonene har forskjellige arbeidsprosedyrer som preger revisjonsarbeidet ved at hver institusjon har sine målsettinger og syn på hvor og hva som skal være gjenstand for åpenhet. Et eksempel er Kommisjonens ønske om å kunne avslå innsyn i dokumenter knyttet til pågående administrative prosedyrer som møter liten forståelse av Parlamentet.⁷²

⁷² Se mer om dette nedenfor i kapittel 4.4.

3 Generelt om innsynsregler i ESA

3.1 Innledning

ESA er ikke bundet av EU-forordningen om innsyn, som ikke er en del av EØS-avtalen. Til gjengjeld har ESA vedtatt tilsvarende regler om dokumentinnsyn i sin forretningsorden. Fremstillingen i dette kapittelet skal analysere det formelle grunnlaget for disse reglene, om reglene gir grunnlag for en innsynsrett samt en oversikt over innholdet i reglene. Den komparative sammenligningen med EUs innsynsforordning vil skje fortløpende. Behandlingen av ESAs innsynsregler fortjener en litt bredere omtale enn innsynsforordningen. Grunnen er at det ikke eksisterer noe oppdatert litteratur om innsynsregler hos ESA etter 1997. I tillegg gir innsynsreglene grunnlag for noen spesielle problemstillinger som ikke gjelder tilsvarende under innsynsforordningen.⁷³ Fremstillingen er delt i fire hoveddeler. Først skal det redegjøres for den historiske utviklingen av innsynsregler i ESA. Dernest drøftes to problemstillinger om privates rettigheter og metode ved tolkning av innsynsreglene. Til sist skal det også inntas en gjennomgang av innholdet av innsynsreglene 2012.

3.2 Historisk utvikling

Reglene om dokumentinnsyn hos ESA har utviklet seg fortløpende i løpet av institusjonens levetid. Her gis en oversikt over de viktigste punktene i perioden 1. januar 1994 til april 2013. Det kan oppstilles 4 faser i denne perioden. Inndelingen speiler hvilket eller hva slags type regelsett ESA har operert med hva gjelder dokumentinnsyn.

- Fase 1: 1994-1995
- Fase 2: 1996-2007
- Fase 3: 2008-2012
- Fase 4: 2012-

⁷³ Det siktes her til problemstillingene som reises i kapittel 3.3 og 3.4.

3.2.1 Fase 1: 1994-1995

Da ESA begynte sin virksomhet 1. januar 1994 hadde institusjonen ingen offisielle regler for dokumentinnsyn. Temaet hadde heller ikke vært gjenstand for diskusjon under avtaleforhandlingene, eller gjennomføringen i norsk rett.⁷⁴ Grunnen til dette er todelt. For det første ble det ansett som et mindre presserende problem fordi det bredere politiske samarbeidet var viktigere. For det andre var debatten om åpenhet i EU (den gang EF) på et svært tidlig stadium, og hadde ikke for alvor trengt gjennom til EFTA/EØS.

I sin årsmelding fra 1994 gav ESA uttrykk for anerkjennelsen av det moderne samfunns behov for fri tilgang til informasjon.⁷⁵ I forlengelsen av dette ønsket ESA å praktisere «a maximum of openness and service-mindedness vis-à-vis the general public». Videre fremgår det av årsmeldingen at det eksisterte interne retningslinjer for hvordan forespørsler om informasjon skulle behandles. De interne retningslinjene inneholdt en forpliktelse for alle ansatte til å gi informasjon om funksjoner, virkemidler, organisering og prosedyrer som gjelder for ESA.

Det er ikke mulig å undersøke hvilken faktisk åpenhet som ESA praktiserte i denne fasen. Det er ingen statistikk eller offentlige dokumenter som belyser dette. De interne retningslinjene synes først og fremst å gi tilgang til informasjon om ESA som institusjon, og ikke til dokumenter. Det er ikke mulig å undersøke de interne retningslinjene ettersom de er interne og dermed unntatt offentlighet. Det er først og fremst den senere utviklingen som kaster lys over hvilken åpenhet som ble praktisert i denne fasen, se særlig under fase 2. Oppsummeringsvis kan det konstateres at det i fase 1 var en liten grad av åpenhet hos ESA som institusjon.

⁷⁴ Sejersted (1997) side 215.

⁷⁵ Annual report 1994 side 18.

3.2.2 Fase 2: 1996-2007

I fase 2 ble det vedtatt et regelsett for dokumentinnsyn, og det ble utnevnt en kontaktperson til å videreformidle innsynsbegjæringer innad i ESA. Reglene om dokumentinnsyn var ikke offentlige, men var vedtatt som interne retningslinjer.⁷⁶ Den eneste informasjonen om reglene er det som fremgår av årsrapporten. Et referat fra et møte i Europautvalget synes å tillegge norske myndigheter æren for at innsynsreglene ble vedtatt.⁷⁷ Vedtakelsen av reglene må også sees i sammenheng med en rekke nyhetsoppslag i Norge på denne tiden. Dagens Næringsliv skrev i starten av 1996 flere artikler om mangelen på åpenhet hos ESA, hvor det gjennomgående vises til at det i EU er gitt rettslig bindende regler om innsyn.⁷⁸

Årsrapporten av 1996 fremholdt at svar på begjæring om dokumentinnsyn skulle gis innen to uker.⁷⁹ Ansvarlig kontaktperson skulle videreformidle begjæringen til korrekt person innad i institusjonen. Videre kunne noe informasjon bli holdt igjen begrunnet i: «*business or professional secrecy, for reasons of protecting certain legitimate public and private interest...*». Årsrapporten anga videre at dokumentet, gitt innvilgelse, skulle gis til vedkommende skriftlig eller gjennom en konsultasjon fastsatt av ESA». Hvis innsyn ikke gis, kan vedkommende be om skriftlig redegjørelse om dette fra ESA, som plikter å gi dette innen en måned.

På initiativ fra Stortinget måtte Regjeringen be ESA om å offentliggjøre innsynsreglene.⁸⁰ ESA lanserte sin nettside i 1997, og her ble reglene om dokumentinnsyn fra 1996 publisert. I følge årsrapporten kan reglene utleveres på forespørsel.⁸¹ I denne perioden utvikler det seg praksis på at ESA publiserer pressemelding vedrørende grunngitte uttalelser, og i spesielle tilfeller også åpningsbrev. På denne måte blir det enklere å følge med på hvilke

⁷⁶ Sejersted (1997) side 217.

⁷⁷ Se møtereferat fra Europautvalget - EØS-utvalget torsdag 18. september 1997. Side 56.

⁷⁸ Se oppslag i Dagens Næringsliv av 08.03.96, 12.03.96, 13.03.96, 21.03.96 og 24.10.96.

⁷⁹ Annual report 1996 side 10.

⁸⁰ Se møtereferat fra Europautvalget - EØS-utvalget torsdag 18. september 1997. Side 56.

⁸¹ Annual report 1997 side 11.

saker som er til behandling hos ESA, og til å fremsette innsynsbegjæringer i tilknytning til disse sakene.

ESA praktiserte en høyere grad av åpenhet i fase 2. Det ble i denne fasen vedtatt regler for innsyn og gitt konkret informasjon om reglernes innhold etter krav fra norske myndigheter. En nødvendig forutsetning for at reglene skal kunne ha noen funksjon er at det er mulig å gjøre seg kjent med reglernes innhold. At ESA har egen nettside og publiserer pressemeldinger om pågående saker bidrar også til åpenhet fordi dette gjør det mulig å finne ut av hva slags saker ESA har til behandling. På denne måten vil det være enklere å kunne føre en åpen debatt om EØS-saker og ESAs virksomhet.

3.2.3 Fase 3: 2008-2011

I 2008 proklamerte ESA at institusjonen ønsket mer åpenhet og styrket tillit.⁸² I tråd med dette vedtok ESA et nytt regelsett 27. juni 2008 (heretter innsynsreglene 2008), i kraft 30. juni 2008, som ble publisert på ESAs nettsider.⁸³ Det følger av innsynsreglene 2008 artikkel 13 (2) at reglene også skulle publiseres i et EØS-bilag til EU-tidene,⁸⁴ men en nærmere undersøkelse av bilaget viser at reglene aldri ble publisert.⁸⁵ Innsynsreglene 2008 inneholdt en henvisning til ODA artikkel 13, som gir indikasjon på at reglene var en del av ESA forretningsorden. Regelsettet inneholdt vide ambisjoner om å sikre størst mulig grad av åpenhet. Videre ble det angitt at ESAs praktisering av reglene vil svare til det som følger av EUs innsynsforordning 1049/2001. ESA opprettet også et dokumentregister på sine nettsider som inneholder en oversikt over utgående og innkommende dokumenter.

⁸² Annual report 2008 side 5.

⁸³ http://www.eftasurv.int/media/decisions/407-08-COL_Access_to_documents.pdf

⁸⁴ EEA Supplement to the Official Journal of the European Union.

⁸⁵ Offisielt navn på bilaget er “*EEA Supplement to the Official Journal of the European Union*” og er å finne i elektronisk utgave på EFTAs nettsider <http://www.efta.int>. Publisering av reglene kunne ha bidratt til å skape berettigede forventninger om innsyn og dermed bundet ESA til å følge reglene. Mer om dette i kapittel 3.3.4.

I 2009 mottok ESA omlag 50 innsynsbegjæringer, majoriteten av disse ble innvilget.⁸⁶ Det er kun 6 saker hvor innsyn ble nektet. Begrunnelsen var at det fortsatt pågikk etterforskning eller at det var interne evalueringer fra ESA eller korresponderende EFTA-stater.

I 2010 oppgir ESA at det ble mottatt 125 innsynsbegjæringer. Innsyn ble kun nektet i et tilfelle, og i seks tilfeller ble det gitt delvis innsyn.⁸⁷ ESA opplyser videre at innsynsbegjæringene både gjaldt enkeltdokumenter og saksmapper. Videre mottok ESA begjæring om innsyn i saksmappen vedrørende etterforskningen mot Posten Norge AS, beslutning i denne saken var ikke tatt ved utgangen av 2010.

I 2011 var antall innsynsbegjæringer 107, som var en liten nedgang sammenliknet med året før.⁸⁸ Det var kun syv av begjæringene som ble avslått, delvis innsyn ble gitt i seks tilfeller. Videre ble det gitt innsyn i hele saksmapper i fire tilfeller. Som statistikken viser praktiserer ESA en høy grad av åpenhet, og gir innsyn i majoriteten av tilfellene. Det er også inntatt en statistisk oversikt som viser en forholdsmessig angivelse av hvilke grupper som søker dokumentinnsyn hos ESA. Den største andelen innsynsbegjæringer kom fra advokatfirmaer, som stod for hele 36 % av begjæringene.

Tabell 1:⁸⁹

Innsynsbegjæringer fremsatt til ESA i 2011	
Advokatfirmaer	36 %
Journalister	21 %
Myndigheter	11,5 %
Privatpersoner	9,5 %
Ikke-statlige organisasjoner	9,5 %
Akademia	8,5 %
Selskaper	4 %

⁸⁶ Annual report 2009 side 9.

⁸⁷ Annual report 2010 side 53.

⁸⁸ Annual report 2011 side 51.

⁸⁹ Hos Kommisjonen er det academia som står for den høyeste andelen av innsynsbegjæringene jfr. COM (2012) 429 side 11.

I 2011 avslo ESA innsynsbegjæringen knyttet til etterforskningen mot Posten Norge AS. Avslaget ble anket inn for EFTA-domstolen og dette var første gang et avslag på en innsynsbegjæring ble anket til EFTA-domstolen.⁹⁰

I fase 3 er det enda tydeligere at ESA er en mer åpen institusjon. I tillegg til at dette proklameres i årsmeldingene, er det er vedtatt og publisert regler om offentlighet i tillegg til at dokumentregisteret gjør det mulig å identifisere dokumenter hos ESA. Antall innsynsbegjæring blir stadig flere og de fleste blir innvilget.

3.2.4 Fase 4: 2012-

Den 5. september 2012 vedtok ESA nye regler for dokumentinnsyn, heretter innsynsregler av 2012. Reglene trådte i kraft påfølgende dag og erstatter tidligere regler av 27. juni 2008 jfr. artikkel 13.⁹¹ Reglene er tilgjengelige på ESAs nettsider.

Det er fortsatt et dokumentregister på ESAs nettsider som genereres automatisk og publiseres normalt en gang pr. uke.⁹² Etter at de nye reglene om innsyn trådte i kraft publiseres også kvittering på mottatt innsynsbegjæring, innvilgede og avslag på innsynsbegjæring og eventuelle revurderinger av tidligere avslåtte begjæring.

11. april 2013 lanserte ESA en ny database på sine nettsider kalt «Public Document Database» (heretter database for offentlige dokumenter). Når ESA har gitt innsyn i et dokument lastes dokumentet opp i databasen og er dermed tilgjengelig for alle.⁹³ Formålet med databasen er å bidra til åpenhet vedrørende institusjonens arbeid. Rent praktisk vil

⁹⁰ Frem til dette tidspunktet var det uklart om et avslag på en innsynsbegjæring kunne bringes inn for EFTA-domstolen. Ordlyden i innsynsreglene inneholdt ingen bestemmelser om en rettslig overprøving. I Norge synes det å ha vært delte oppfatninger om spørsmålet. Sejersted (1997) mente at det forelå en slik mulighet, mens offentlighetsutvalget var av motsatt oppfatning jfr. NOU 2003 :30 Ny offentlighetslov kapittel 9.6.3.

⁹¹ Det må bemerkes at det er litt spesielt at ESA endret innsynsreglene *før* dommen i Schenker-saken ble avsagt, fordi ESA ikke uten videre står fritt til å endre sine regler jfr. kapittel 3.3.

⁹² Annual report 2008 side 12.

⁹³ Se mer nedenfor i kapittel 3.5 om at innsyn gis *erga omnes*.

databasen kunne bidra til en redusert arbeidsmengde. Hvis ESA praktiserer aktiv åpenhet ved å publisere dokumenter i databasen, vil dette kunne redusere antall innsynsbegjæringer.

EFTA-domstolen avsa 21. desember 2012 dom i Schenker-saken.⁹⁴ Dette var første gang et vedtak om avslag på dokumentinnsyn var til prøving hos EFTA-domstolen. I april 2013 er det seks saker som verserer hos EFTA-domstolen, som også gjelder innsynsvedtak. Fire av sakene gjelder DB Schenkers innsynsbegjæringer i saksmappen til ESAs etterforskning av Posten Norge AS.⁹⁵ To av sakene skal løses etter innsynsreglene 2008, og to av sakene skal løses etter innsynsreglene av 2012.⁹⁶ De to resterende sakene gjelder innsynsbegjæring i en statsstøttesak og skal prøves etter innsynsreglene 2008.⁹⁷

Det fremgår av ESAs årsmelding for 2012 at antallet innsynsbegjæringer nesten doblet sammenlignet med fjoråret.⁹⁸ Totalt ble bare 15 av disse avslått, og de fleste gjaldt pågående statsstøttesaker. Fire av avslagene ble påklaget til presidenten, hvorav én førte frem og det ble gitt innsyn. ESA omtaler de nye innsynsreglene 2012 som en kodifisering av Kommisjonens og ESAs praksis ved behandling av innsynsregler. Til tross for en endring i ordlyden, skal hovedregelen fortsatt være innsyn og åpenhet.⁹⁹

Den overordnede utviklingen av innsyn hos ESA har gjennomgående vært i retning av mer åpenhet. Innsynsreglenes rettslige forankring var først interne retningslinjer som var unntatt offentlighet, men er i dag offentlige og publiserte regler. Videre viser ESAs statistikk at det praktiseres en høy grad av åpenhet, men ikke i pågående administrative saker.

⁹⁴ Sak E-14/11 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan. Saken ble avgjort på grunnlag av innsynsreglene 2008.

⁹⁵ Den 14. juli 2010 ble Posten Norge AS bøtelagt for overtredelse av EØS-avtalen artikkel 54. Vedtaket ble opprettholdt av EFTA-domstolen i sak E-14/10 Posten Norge AS mot ESA, men boten ble redusert. DB Schenker har anlagt søksmål for Oslo Tingrett mot Posten Norge med krav om erstatning som følge av Posten Norges brudd på konkurransereglene.

⁹⁶ Sak E-7/12 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan, sak E-8/12 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan, sak E-4/13 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan, sak E-5/13 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan.

⁹⁷ Forende saker E-4/12 og E-5/12 Risdal Touring AS og Konkurrenten.no mot EFTAs Overvåkningsorgan.

⁹⁸ Annual Report 2012 side 53.

⁹⁹ Se mer om denne endringen i kapittel 3.3

3.3 Rett til dokumentinnsyn?

3.3.1 Innledning

Hovedproblemstillingen i dette kapittelet er hvorvidt det er en rett til dokumentinnsyn hos ESA. Grunnen for at dette drøftes som en særskilt problemstilling er sammensatt. ESAs innsynsreglement gir ved første blick inntrykk av at dette er rettigheter private har. Men er det egentlig det? Og hvilket rettslig grunnlag hviler disse rettighetene på? Grunnen til at dette spørsmålet må stilles er at ESAs innsynsregler er gitt i ESAs forretningsorden, altså i et internt reglement. Dette er i motsetning til i EU, hvor regler om innsyn er gitt som en forordning med hjemmel i EUs grunnleggende traktater. I EØS-systemet er det ingen tilsvarende hjemmel, og heller ikke i ODA. Innsynsreglene er derfor i stedet nedfelt i en intern instruks (ESAs forretningsorden). Kan regler i en intern instruks gi private krav på innsyn? Rent praktisk er det ingen tvil om at reglene faktisk fungerer som rettsregler ved at private får innsyn, og at dette skjer på grunnlag av reglementet. Reglementet har altså ikke kun en intern funksjon hos ESA, som en tradisjonell forretningsorden, men har en ekstern funksjon. Reglementet er publisert på ESAs nettsider, og gjør det mulig for enhver å fremme innsynsbegjæringer til ESA. Et avslag kan påklages internt og bringes inn for EFTA-domstolen som med endelig virkning avgjør om vedtaket er truffet i overensstemmelse med reglene.¹⁰⁰ Det at vedtaket er gjenstand for rettslig overprøving gir ikke i seg selv svaret på om reglene er rettslig bindende i den forstand at de gir grunnlag for at private kan hevde rettigheter på grunnlag av reglene.¹⁰¹ Samtidig indikerer dette at reglene har en slags bindende virkning.

ESAs virksomhet utøves på grunnlag av en folkerettslig traktat (ODA), og kan dermed sies å være systematisk plassert i folkeretten. I den moderne folkeretten er det først og fremst traktater eller konvensjoner som gir grunnlag for rettigheter og plikter. I tillegg er det

¹⁰⁰ Etter ODA artikkel 38 plikter ESA å rette seg etter en eventuell avgjørelse av EFTA-domstolen. Etter dom i Schenker-saken (sak E-11/14 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan) besluttet ESA nytt vedtak hvor det ble gitt innsyn i en rekke dokumenter som det tidligere (urettmessig) var nektet innsyn i.

¹⁰¹ EFTA-domstolens kompetanse til å overprøve vedtak av ESA kan knyttes opp mot de former for overprøving som fremgår av ODA artikkel 36 (2).

normalt at folkeretten regulerer rettsforholdet mellom stater, selv om individer og foretak i større utstrekning er anerkjent og opptrer som aktører i den moderne folkeretten (til forskjell fra den tradisjonelle folkeretten).¹⁰² ESAs regler om dokumentinnsyn er plassert i ESAs forretningsorden, og er vedtatt på eget initiativ.¹⁰³ At regler om dokumentinnsyn fremgår av en forretningsorden og ikke en traktat er et av de forhold som fordrer drøftelse, og gjør det nødvendig å ta stilling til om reglene gir grunnlag for en rett til innsyn.

Reglementets eksistens på folkerettens område, deres forankring i ESAs forretningsorden og deres eksterne funksjon overfor private (individer og foretak) med adgang til domstolskontroll gir grunnlaget for å spørre om det hos ESA eksisterer en rett til dokumentinnsyn. Konsekvensene av om det eksisterer en slik rett vil være at private kan hevde sin rett til dokumentinnsyn, og at denne korresponderer med en tilsvarende plikt for ESA til å gi innsyn etter nærmere angitte kriterier. Et spørsmål i forlengelsen av dette er i hvilken utstrekning ESA er forpliktet til å ha regler om innsyn. Som en ytterste konsekvens kan det spørres om ESA står fritt til å avskaffe sine innsynsregler. Dette er en høyaktuell problemstilling idet ESA 5. september 2012 endret sine innsynsregler. Det er interessant å undersøke om ESA stod fritt til å gjøre dette, eller om det er noen øvrige (eller ytre) rettslige bindinger som er bestemmende for hvilke endringer ESA kan foreta.

Innsynsforordningen ikke er inntatt i EØS-avtalen, eller gjort gjeldende for EFTA-institusjonene, og innsynsforordningen kan derfor ikke gi grunnlag for en slik rett. Et viktig analytisk poeng i tilknytning til innsynsforordningen er at det vil være meningsløst å innta denne i EØS-avtalen gjennom de vanlige prosedyrene for å innta nye rettsakter. Innsynsforordningen er formulert og tilpasset til EU-institusjonene og deres funksjoner, og ikke til institusjonene i EFTA-pilaren. Hvis målet er å gi en rett til dokumentinnsyn hos institusjonene i EFTA-pilaren av EØS-samarbeidet, vil det ikke være formålstjenlig å innta forordningen gjennom de normale prosedyrer. Disse tar sikte på at vedkommende

¹⁰² Se Ruud (2006) side 114-116.

¹⁰³ Riktignok etter press fra norske myndigheter jfr. ovenfor i kapittel 3.2.2.

forordning skal bli en del av nasjonal rett, og siden retten til dokumentinnsyn eventuelt skal knyttes til EFTA-organene er det ikke nødvendig å regulere dette i nasjonal rett hos EFTA-statene. Det riktige er å regulere dette sammen med de institusjonelle bestemmelser som finnes både i EØS-avtalen og ODA. Problemet er at dette krever endring av EØS-avtalen, hvilket det mangler politisk vilje til å gjennomføre. En slik reforhandling ville vært omfattende og reise en rekke andre (og mer politiske omtvistede) problemstillinger, og muligheten for dette drøftes ikke videre her.

Spørsmålet om det er en rett til dokumentinnsyn hos ESA kan drøftes etter tre mulige rettslige grunnlag.¹⁰⁴ Det første mulige grunnlaget er innsynsreglene i seg selv – om innsynsreglementet kan gi grunnlag for en rett til dokumentinnsyn. Det andre mulige grunnlaget er prinsippet om berettigede forventninger. Spørsmålet er da om innsynsreglementet gir

en forventning om innsyn, som er beskyttet av prinsippet om berettigede forventninger. Det tredje mulige grunnlaget er om det i EØS, for ESA, gjelder en ulovfestet rett til dokumentinnsyn, og i så fall hvilke rettsprinsipper som begrunner dette.

3.3.2 Rettslig grunnlag 1: Innsynsreglene 2012

Spørsmålet om innsynsreglene i seg selv kan gi grunnlaget for en rett til dokumentinnsyn er problematisk i tre henseender. Dette er (i) det formelle grunnlaget for innsynsreglene som en del av ESAs forretningsorden, (ii) ESAs kompetanse og (iii) innsynsreglenes ordlyd.

(i) Innsynsreglene som en del av ESAs forretningsorden

Spørsmålet er om en forretningsorden *kan* gi grunnlag for privates rettigheter, nærmere bestemt en rett til dokumentinnsyn. På folkerettens område er det normalt at rettigheter og plikter reguleres i traktater (eller konvensjoner). ESA i seg selv er opprettet på grunnlag av en folkerettslig traktat, ODA, og utleder sin kompetanse fra denne traktaten.

¹⁰⁴ Dette pretendes ikke å være en uttømmende angivelse av mulige rettslige grunnlag for en innsynsrett hos ESA.

Innsynsreglene har sin forankring i ESAs forretningsorden jfr. ODA artikkel 13 og eksisterer således også i folkeretten. Spørsmålet er *hva* en forretningsorden er, og om en slik normalt, eller potensielt, kan anvendes for å tildele private rettigheter.

Fortalen i innsynsreglene 2012 viser til ODA artikkel 13 som angir at ESA skal fastsette sin forretningsorden. ODA artikkel 15 angir at forretningsorden skal bestemme det antall medlemmer (av kollegiet) som skal være tilstede for at ESA skal være beslutningsdyktig. Bortsett fra denne bestemmelsen gir ikke ODA noen nærmere anvisning på hva som skal fastsettes i forretningsordenen. En naturlig språklig forståelse av «forretningsorden» er at det er en orden eller en oversikt over forretningen. I sin leksikalske betydning betyr ordet regler for saksbehandlingen. Ordlyden i ODA artikkel 13 tilsier dermed at en forretningsorden skal inneholde saksbehandlingsregler, eller regler om prosessuelle forhold.

ESAs praksis vedrørende anvendelsen av artikkel 13 kan gi nærmere anvisning på hva en forretningsorden er. Det eksisterer ingen oversikt over det totale antallet vedtak besluttet under henvisning til ODA artikkel 13.¹⁰⁵ Til gjengjeld er det hvert fall to reglementer som viser til ODA artikkel 13. Dette første er innsynsreglene, og det andre er ESA sine generelle retningslinjer. De generelle retningslinjene har den formelle tittel: «Rules of Procedure of the EFTA Surveillance Authority». Reglene ble vedtatt under henvisning til ODA artikkel 13 den 7. januar 1994, og har blitt endret en rekke ganger.¹⁰⁶ De er ikke publisert på ESAs nettsider. Retningslinjene inneholder 22 bestemmelser som tar sikte på å regulere flere forhold. Det er regler om hvordan arbeidet i institusjonen skal organiseres, gjennomføringen av kollegie-møter, beslutningsprosedyrer og forberedelsen av vedtak. Innholdet i disse reglene er således sammenfallende med den tradisjonelle forståelsen av hva en forretningsorden skal inneholde.

¹⁰⁵ ESA opplyser i epost datert 23.11.2012 at det ikke eksisterer en oversikt over antall vedtak besluttet i henhold til artikkel 13. Videre er en rekke av disse uansett unntatt innsyn jfr. innsynsreglenes artikkel 4 (7). Slik kunnskap er det altså ikke mulig å erverve.

¹⁰⁶ Publisert i OJ 1994/L 113/19, siste endring publisert i OJ 2003/L 080/34.

Fordi ESA er opprettet etter mønster fra Kommisjonen kan det være relevant å se hen til hva Kommisjonen har inntatt av bestemmelser i sin forretningsorden, og hva slags type regler det er vanlig å ha i en forretningsorden. Kommisjonens adgang til å fastsette sin forretningsorden følger av TEUV artikkel 249.

*«Kommissionen fastsetter sin forretningsorden med henblik på at sikre sin egen og sine tjenestegrenes virksomhet. Den drager omsorg for, at forretningsordenen offentliggøres».*¹⁰⁷

Ordlyden «egen... virksomhet» gir anvisning på at forretningsordens oppgave er å regulere forholdet til virksomheten.. Det er altså tale om regulering av interne forhold. I TEUV står det uttrykkelig at forretningsorden må publiseres. Det eksisterer ingen tilsvarende regel for ESAs forretningsorden, men ESAs regler er likevel publisert.¹⁰⁸

Kommisjonens forretningsorden inneholder 29 artikler og enkelte bilag. Hoveddelen fastsetter den administrative strukturen, og i et bilag er det inntatt bestemmelser om hvordan innsynsbegjæringer skal behandles. Her er det tydelig å se vekselvirkningen mellom virkeområde for alminnelige regler gitt i innsynsforordningen, og reglene som er gitt i forretningsorden. Innsynsforordningen regulerer forholdet utad mot private, og gir grunnlaget for innsynskrav (ekstern funksjon). Forretningsordenen regulerer forholdet innad i Kommisjonen ved å fastsette saksbehandlingsregler ved behandlingen av innsynskrav (intern funksjon).

Den foreløpige analyse viser at både Kommisjonen og ESA har brukt sin forretningsorden til å vedta prosessuelle regler vedrørende interne forhold. Vanligvis har reglene inntatt i forretningsordenen ingen funksjon utad mot tredjepersoner, og en forretningsorden kan derfor ikke danne grunnlag for privates rettigheter.¹⁰⁹ En gjennomlesing av innsynsreglene

¹⁰⁷ Her er den danske versjonen av bestemmelsen sitert, fordi den gir et klarere meningsinnhold.

¹⁰⁸ Se ovenfor i kapittel 3.2.

¹⁰⁹ Her drøftes det om reglene som sådanne kan gi grunnlag for privates rettigheter. Dette utelukker ikke at reglene kan gi grunnlaget for berettigede forventninger, se neste kapittel om dette.

viser at reglene i stor grad er prosessuelle regler som er rettet mot ESAs behandling av innsynsbegjæringer. Denne delen av reglene er altså i tråd med den generelle beskrivelsen av en forretningsorden. Samtidig innebærer dette at hvis ESAs forretningsorden skulle gi grunnlag for en rett til dokumentinnsyn, ville dette *ikke* samsvare med de regler som normalt skal være i en forretningsorden. Konklusjonen blir at reglenes formelle grunnlag i ESAs forretningsorden taler mot at reglene gir en rett til dokumentinnsyn.

Det må bemerkes at reglenes formelle plassering i ESAs forretningsorden etter omstendighetene ikke nødvendigvis vil være avgjørende og «felle» en rett til innsyn dersom dette kan utledes på øvrig grunnlag. Dette er en viktig og interessant dimensjon som blir helt tydelig når det sees hen til hvordan dette er løst hos Kommisjonen der forretningsordenen inneholder regler for hvordan innsynsbegjæringer skal behandles, og retten til dokumentinnsyn er etablert i forordningen. Tilsvarende kan antas å gjelde for ESA ved at innsynsreglene 2012 kun omtaler hvorledes ESA forholder seg til en rett til dokumentinnsyn, mens retten har sitt grunnlag et annet sted.¹¹⁰

(ii) ESAs kompetanse

For å ta stilling til spørsmålet om innsynsreglene 2012 gir en rett til dokumentinnsyn må det undersøkes om ESA har kompetanse til å tildele private en rett til dokumentinnsyn. Dette er et spørsmål om ESAs kompetanse overfor private (både foretak og individer).

Det primære grunnlaget for å fastlegge ESAs kompetanse er ODA og EØS-avtalen. Rent formelt er ESA opprettet på grunnlag av ODA, men det følger av bestemmelser i både ODA og EØS-avtalen at det er en sterk sammenheng mellom de to avtalene. Kort sagt følger det av EØS-avtalen artikkel 108 nr.1 at EFTA-statene plikter å opprette et overvåkningsorgan (ESA), og ODA oppretter og gir mer detaljerte bestemmelser om overvåkningen.

¹¹⁰ Se spesielt avsnitt 3.3.4 om en ulovfestet rett til dokumentinnsyn, som bygger på en slik forståelse.

ESA har ikke lovgivningskompetanse, og ikke kan vedta generelle regelverk med direkte virkning overfor private i EFTA-statene.¹¹¹ ESA er et kontrollorgan med primæroppgave å kontrollere EFTA-statenes etterlevelse av EØS-avtalen. De kompetanser som er tildelt ESA, er tildelt med det siktemål om at ESA skal kunne gjennomføre sin oppgave som kontrollør på en effektiv måte. Dette innebærer blant annet at det er gitt hjemmel for ESA å vedta saksbehandlingsregler jfr. EØS-avtalen artikkel 108 nr. 1 og fortalen til ODA. Ordlyden gir to eksempler på hvilke saksområder dette kan gjelde, navnlig fremgangsmåter for å sikre oppfyllelsen av EØS-avtalen og kontroll av ESAs vedtak i konkurransesaker. Det følger av ordlyden «herunder» at listen ikke er uttømmende. ESA kan altså vedta saksbehandlingsregler som ikke subsumeres under de to nevnte eksempler.

Den rådende praksis er at ESA overtar eller kopierer regler fra Kommisjonen, og gjør de gjeldende for egen virksomhet. Normalt publiseres dette i EØS-tillegget til EU-Tidende. Et eksempel er Kommisjonens notat vedrørende partsinnsyn i konkurransesaker. ESA har kopiert disse reglene og gitt dem anvendelse også for sin virksomhet.¹¹² Et annet eksempel er innsynsreglene 2008 som var en kopi av EU-forordningen om innsyn. I tillegg til å kopiere det materielle innholdet, ble det også inntatt vide målsettinger i fortalen om at innsynsreglene skulle tolkes likt som EU-forordningen.

EFTA-domstolens uttalelser i Schenker-saken kan tas til inntekt for at ESA har kompetanse til å vedta innsynsregler.¹¹³ Domstolen fremholder at innsynsreglene 2008 må tolkes likt som EUs innsynsregler, på grunnlag av flere forhold. Det som er viktig i denne sammenheng er at EFTA-domstolen mener at ESA var *forpliktet* til å vedta tilsvarende innsynsregler som Kommisjonen. Grunnlaget for dette var for formålet om et dynamisk og homogent EØS som fordrer at aktører innenfor EØS nyter de samme rettighetene både i EU og i EØS/EFTA jfr. fortalen til EØS-avtalen avsnitt 4 og uttalelser fra tidligere

¹¹¹ ESA kan i enkelte tilfeller treffe vedtak med direkte virkning ovenfor private på særskilte kontrollområder. I disse tilfellene er det gitt korresponderende hjemmel i norsk rett som gir vedtakene virkninger i nasjonal rett jfr. EØS-rett (2011) side 152-154.

¹¹² Se mer om Kommisjonsnotatet i avsnitt 4.2.3.

¹¹³ Sak E-14/11 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan premiss 118-121.

rettspraksis.¹¹⁴ Når EFTA-domstolen mener at ESA er forpliktet til å vedta innsynsregler svarer dette indirekte på spørsmålet om kompetanse. Hvis ESA ikke hadde hatt kompetanse til å vedta slike innsynsregler ville det vært kunstig av domstolen å fremholde en forpliktelse til å vedta slike regler. I tillegg må det understrekes at det i forbindelse med partenes prosedyre *ikke* var omtvistet hvorvidt ESA hadde kompetanse til å vedta slike regler. Uenigheten var først og fremst knyttet til hvorvidt reglene måtte underkastes forpliktelsen i ODA artikkel 3 om homogen tolkning.¹¹⁵ På bakgrunn av denne analysen må det slutes at ESA har kompetanse til å vedta regler om dokumentinnsyn, og ESAs kompetanse er dermed ikke til hinder for at innsynsreglene gir en rett til dokumentinnsyn.

(iii) Innsynsreglenes ordlyd

Spørsmålet som skal drøftes her er om ordlyden i innsynsreglene 2012 gir uttrykk for en rett til dokumentinnsyn, under forutsetningen at dette kan reguleres i en forretningsorden, og at ESA har tilstrekkelig kompetanse. For å kunne belyse dette skal innsynsreglene 2012 holdes opp mot innsynsreglene 2008. Ved en slik samlet analyse er det mulig å få frem nyansene, og et mer konkret meningsinnhold i innsynsreglene 2012. Dette er påkrevet fordi reglene er vedtatt som en del av ESAs forretningsorden, som medfører at det ikke er forarbeider til innsynsreglene, hvilket nødvendiggjør bruk av øvrig kildemateriale.

Hvis spørsmålet hadde vært om innsynsreglene 2008 gav eller etablerte en rett til dokumentinnsyn hadde svaret vært et enkelt ja. I artikkel 2 nr. 1 ble dette sagt i klartekst «*Any citizen of an EEA State... has a right of access to documents of the Authority...*». Bestemmelsen må leses i sammenheng med de vide målsettingene i fortalen om at reglene skulle sikre den høyeste grad av åpenhet hos ESA, og at ESAs regler skulle tolkes likt som tilsvarende regler i EU. Sett under et gav innsynsreglene 2008 tydelig uttrykk for at reglene gav en rett til dokumentinnsyn.

¹¹⁴ Sak E-18/11 Irsk Bank mot Kaupthing Bank.

¹¹⁵ EFTA-domstolen besvarte dette bekreftende og mente at en homogen tolkning av ESAs innsynsregler og EUs innsynsforordningen var «indispensable» jfr. Sak E-14/11 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan premiss 121 in fine.

Ordlyden i innsynsreglene 2012 artikkel 2 nr. 1 er endret. Innsynsreglene gir ikke lenger EØS-borgere en rett til dokumentinnsyn, men enhver naturlig eller juridisk person har «*a right to request access to documents*». Det er viktig å legge merke til at ESA har satt inn ordet «*request*», som reduserer innsynsretten slik at det kun er en rett til å *begjære* innsyn. En rett til å begjære innsyn er naturligvis noe annet enn en rett til innsyn. Samtidig er de ovenfor nevnte sitater fra fortalen tatt ut, i tillegg til at ESA har endret sin omtale av reglene. Da innsynsreglene 2008 ble vedtatt uttalte ESA at målet var å gi borgere i EØS minst samme rett til dokumentinnsyn som tilsvarende i EU. I årsmeldingen for 2012 uttalte ESA at reglene er en kodifisering av EUs rettspraksis og ESAs praksis vedrørende behandlingen av innsynsbegjæringer.¹¹⁶ Endringen i ordlyd, og omtale fra en rett til dokumentinnsyn til en kodifisering og mulighet til å begjære innsyn, er et uttrykk for at det ikke lenger (i følge ESA) er en rett til dokumentinnsyn hos ESA.¹¹⁷

Det kan stilles spørsmål om hvorfor ESA har trukket seg tilbake på dette punkt. Utviklingen hos ESA har hele tiden gått i retning av mer åpenhet, så hvorfor er da innsynsreglene 2012 begrenset til en rett til å begjære innsyn? Svaret er usikkert. En hypotese kan være at ESA har innsett at det ikke er mulig å gi private rettigheter via interne instruksjoner som forretningsordenen. En annen mulig hypotese er at ESA ønsker å distansere seg fra den rettsutviklingen som skjer i EU. ESA har i innsynsreglementet 2012 vedtatt en del unntak som ikke finnes tilsvarende i EU-forordningen.¹¹⁸ Disse særegne unntakene er kodifiseringer av tolkninger som fremgår av EUs rettspraksis, men som foreløpig er nektet implementert i den nye EU-forordningen.¹¹⁹ Endringen kan altså være et mulig uttrykk for at ESA ønsker sitt eget innsynsregime, separat fra det i EU.

¹¹⁶ Annual Report 2012 side 53.

¹¹⁷ Gjennom de skriftlige prosedyrene i de pågående innsynssakene *nekter* ESA å forholde seg til spørsmålet eller påstandene om det eksisterer en rett til dokumentinnsyn. Se for eksempel Report for the Hearing i sakene E-7/12 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan og i forende saker E-4/12 og E-5/12 Risdal Touring AS og Konkurrenten.no AS mot EFTAs Overvåkningsorgan.

¹¹⁸ Se nærmere om disse unntakene i kapittel 3.5.

¹¹⁹ Jfr. også ovenfor i kapittel 2.4.

Svaret på hovedproblemstillingen om innsynsreglene kan gi en rett til dokumentinnsyn må besvares benektende. Dette følger av analysen ovenfor som har vist at reglenes plassering i ESAs forretningsorden og ordlyden i innsynsreglene at en slik rett ikke kan utledes av ESAs innsynsregler, selv om dette trolig kan ligge innenfor ESAs kompetanse.

3.3.3 Rettslig grunnlag 2: Beskyttelse av berettigede forventninger

Et annet mulig rettslig grunnlag for et innsynskrav er prinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. Prinsippet om berettigede forventninger i EU er utviklet i EUs rettspraksis etter inspirasjon fra tysk rett, og er antatt å gjelde i EØS.¹²⁰ Innholdet i prinsippet varierer sterkt fordi det har et bredt anvendelsesområde.¹²¹ De interesser som prinsippet søker å ivareta er tungtveiende hensyn som rettferdighet, likhet, forutberegnelighet, god forvaltningsskikk og tillit til administrasjonen.¹²²

EUs rettspraksis har gjennomgående fremholdt at retningslinjer, notiser og kommunikasjoner kan skape berettigede forventninger,¹²³ og det fremgår av juridisk teori at de hensynene som ligger til grunn for prinsippet gjør seg gjeldende med særlig tyngde for disse tilfellene.¹²⁴ Hensynet til likhet krever at *alle* som innretter seg og utleder forventninger på bakgrunn av retningslinjer skal behandles likt. Tanken om likhet er tett knyttet opp mot de øvrige hensynene som begrunner prinsippet som rettferdighet og forutberegnelighet.

¹²⁰ Litteratur om prinsippet om berettigede forventninger er for eksempel Craig (2012) side 553-589, særlig side 578 mv., Thomas (2000) side 41-75, Schønberg (2000). Om prinsippets anvendelighet i EØS, se EØS-rett (2011) side 106.

¹²¹ Se Craig (2012) side 553.

¹²² Se Craig (2012) side 554-556 og Schønberg (2000) side 7-30.

¹²³ Se sak 148/73 Louwage mot Kommissjonen premiss 12, Generaladvokat Tesauro i Sak 58/94 Nederland mot Rådet premiss 25, sak T-105/95 WWF mot Kommissjonen premiss 55.

¹²⁴ Se for eksempel Schønberg (2000) side 15.

Det er altså ikke omtvistet at retningslinjer som sådanne normalt gir berettigede forventninger. Det neste spørsmålet blir derfor *hvilke* forventninger som kan utledes av innsynsreglene 2012. Ordlyden er det mest sentrale i denne vurderingen, men også praksis og andre omstendigheter kan være relevant.¹²⁵

En gjennomlesing av innsynsreglene gir forskjellige inntrykk. Reglene har tittelen «Rules on public access to documents» som gir antydning på at dette er regler som kan gi innsyn. I artikkel 1 bokstav a og artikkel 11 tales det om en rett til dokumentinnsyn, mens artikkel 2 nr. 1 spesifiserer at det er en rett til å begjære innsyn. Disse ulike formuleringene er egnet til å gi forskjellige signaler, og som nevnt ovenfor er det en forskjell mellom en rett til innsyn og en rett til å begjære innsyn. Videre består over en tredjedel av reglementet av unntak, som vil svekke forventningen om å oppnå innsyn.

ESA fører en liberal praktisering av sine innsynsregler, og gir innsyn i majoriteten av tilfellene.¹²⁶ Vedtakene til ESA publiseres ikke, men det er mulig å begjære innsyn i de vedtak som gir eller avslår innsyn, i tillegg publiseres et sammendrag av statistikken i ESAs årsmeldinger. Den liberale praktiseringen av innsyn kan gi en forventning om innsyn. At ESA i tillegg proklamerer å være en åpen institusjon i fortalen og i sine årsmeldinger, styrker denne forventningen.

Selve formuleringene og innholdet i innsynsreglene er altså egnet til å svekke en forventning om innsyn, samtidig som at ESAs praksis og øvrig omtale tyder på at innsyn gis. Spørsmålet blir da hva som skal være avgjørende for forventningen om innsyn, og svaret må være at det er innsynsreglene som er avgjørende. Når det skal fremmes en innsynsbegjæring fordrer dette en gjennomlesing av regelverket på ESAs nettsider. ESAs praksis er kun tilgjengelig via årsmeldingene, og det er nok mer normalt å lese reglene

¹²⁵ Se Craig (2012) 578-589.

¹²⁶ Se kapittel 3.2.4.

(som er tydelig navngitt på nettsiden), fremfor en mindre omtale i en ellers omfattende årsmelding.

Når formuleringene i innsynsreglene er avgjørende må det sees hen til at reglene ikke gir en ubetinget rett til innsyn. Etter ordlyden i innsynsreglene er det kun tale om en rett til å begjære innsyn, og denne retten er sterkt begrenset som følge av de mange unntak som er oppstilt i reglene. Gjennom rettspraksis og juridisk teori er det fremholdt at i de tilfeller retningslinjer gir antydning på vurderinger eller utøvelse av skjønn, er dette med på å modifisere forventningen.¹²⁷ Anvendt på innsynsreglene må det faktum at innsynsreglene inneholder så mange unntak få betydning for hvilken forventning som kan sies å etableres gjennom reglene. Til støtte for denne tankegangen kan det vises til at unntakene er en *inkluderende* del av hovedregelen om innsyn, de må sees under ett.¹²⁸ Når innsynsreglene i så stor utstrekning inneholder unntak, og ikke gir et tydelig uttrykk for hovedregelen om at innsyn skal gis (selv om dette er nevnt i årsmeldingen), blir det galt å si at innsynsreglene gir en forventning om innsyn. Som tidligere nevnt inneholder reglene (foruten om unntak) en god del prosessuelle regler om hvordan innsynsbegjæringer skal behandles.

Slik jeg vurderer reglene er det grunnlag for å si at reglene gir en berettiget forventning om at innsynsbegjæringer behandles i tråd med de prosessuelle reglene som er gitt i innsynsreglene, og at innholdet i dokumentene vurderes mot de ulike unntakene. Prinsippet om berettigede forventninger gir grunnlag for prosessuelle rettigheter, men det er ikke mulig å si at prinsippet gir et materielt krav på innsyn.

Resultatet blir da det samme som i WWF-saken fra 1997.¹²⁹ Her kom domstolen frem til at innsynsreglene, som i EU den gang var regulert i Kommisjonens forretningsorden,

¹²⁷ Se særlig Dansk Rørindustri-saken. I samme retning Craig (2012) side 584.

¹²⁸ Se TEUV artikkel 15. nr. 3 som etter ordlyden umiddelbart innskrenker innsynsretten til gitte betingelser (altså unntakene).

¹²⁹ Sak T-105/95 WWF mot Kommisjonen. Omtalt ovenfor i kapittel 2.2.

genererte en forventning om at innsynsbegjæringer ble behandlet i tråd med reglementet.¹³⁰ Kommisjonens forretningsorden som den gang *kun* genererte en forventning om behandling i tråd med de prosessuelle regler, inneholdt en målsetting om «*widest possible access*». Innsynsreglene 2012 inneholder ikke en tilsvarende målsetting, men proklamerer kun en rett til å begjære om innsyn. Hvis de to regelsettene holdes opp mot hverandre er det ikke grunn for at innsynsreglene 2012 gir en forventning om rett til innsyn når Kommisjonens regler i WWF-saken ikke gjorde det. Det bygges da på en «fra det mer til det mindre» slutning.

Konklusjonen er at innsynsreglene ikke gir en forventning om innsyn, men kun en forventning om at innsynsbegjæringer behandles i tråd med reglementet. I dette ligger det også implisitt at prinsippet heller ikke kan være grunnlaget for en rett til dokumentinnsyn. Konsekvensen av denne konstruksjonen er at ESA må behandle innsynsbegjæringer i tråd med de prosedyrer fremsatt i reglene. Dette innebærer for eksempel svar innen angitte frister og at avslag begrunnes. ESA kan gi avslag på innsynsbegjæringer begrunnet i de unntak som kommer til uttrykk i reglementet, uten at dette vil innebære noe brudd på prinsippet om berettiget forventning. Når ESA har bundet seg på dette grunnlag er det viktig å understreke at ESA står fritt til å endre reglene, endre praksis og kan også gjøre unntak i enkeltsaker dersom dette begrunnes. De mange unntak i innsynsreglene vil kunne påberopes for å gjøre unntak i enkeltsaker.¹³¹

3.3.4 Rettslig grunnlag 3: Ulovfestet rett til dokumentinnsyn

Det tredje og siste alternativet er om det kan oppstilles en rett til dokumentinnsyn på ulovfestet grunnlag. Problemstillingen er ikke drøftet i juridisk teori, men EFTA-domstolen har implisitt tatt stilling til spørsmålet i Schenker-saken.¹³² I april 2013 verserer det seks innsynssaker for EFTA-domstolen, og på bakgrunn av de foreliggende prosedyreskriftene

¹³⁰ Ibid. Premiss 55.

¹³¹ Se mer om dette i for eksempel Craig (2012) side 578-589.

¹³² Sak E-14/11 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan.

er det tydelig at domstolen vil måtte ta stilling til om det gjelder et ulovfestet prinsipp om dokumentinnsyn hos ESA i løpet av 2013.¹³³ For å besvare problemstillingen er det nødvendig å forklare grunnlaget for ulovfestede regler i EØS, og dermed også hos ESA (i). Derneft skal det foretas en gjennomgang av de rettskilder som kan tale for eller mot at en slik rett eksisterer, eller bør eksistere (ii). Avslutningsvis skal resultatet sammenfattes og vurderes.

(i) Innledning

Innholdet i EØS-samarbeidet har utviklet seg fortløpende siden avtalen ble signert i 1992.¹³⁴ Én av de måtene EØS-avtalen har utviklet seg på er gjennom tolkning og praktisering av avtalen. EFTA-domstolen har bidratt til en dynamisk utvikling av EØS. I den dynamiske utviklingen av EØS-retten kan homogenitetsmålsetningen fungere som et *rettsgrunnlag* for å etablere nye EØS-rettslige forpliktelser på ulovfestet grunnlag.¹³⁵ Det klareste eksempelet på dette er i Sveinbjörnsdóttir-saken hvor EFTA-domstolen etablerte et statlig erstatningsgrunnlag, under henvisning til homogenitetsmålsetningen og likebehandling av enkeltpersoner og juridiske personer.¹³⁶ Domstolen etablerte dette ansvaret på selvstendig EØS-rettslig grunnlag, det vil si uten å vise til det tilsvarende erstatningsansvaret i EU. Det er to forhold ved dommen som er av særlig interesse for den nåværende problemstilling. For det første er det den etterfølgende begrunnelsen fra en av dommerne i saken, Carl Baudenbacher, som har vist til EØS-avtalens krav om gjensidighet som en nøkkel til å forstå domstolens anvendelse av homogenitetsmålsetningen i saken.¹³⁷ I fortalet til EØS-avtalen er det inntatt en formulering i forlengelsen av homogenitetsmålsetningen som angir at avtalen skal fremme «... *likhet og gjensidighet og en samlet balanse av fordeler, rettigheter og forpliktelser for avtalepartene*». Den siterte setningen må sees i sammenheng med at EU, under forhandlingen av EØS-avtalen, var

¹³³ Se høringsrapport til sak E-7/12 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan premiss 35-38.

¹³⁴ En utførlig fremstilling av utviklingen gis i Europautredningen, NOU 2012 :2 kapittel 6.

¹³⁵ Fredriksen (2010) side 278.

¹³⁶ Se sak E-9/97 Sveinbjörnsdóttir mot Island. Premiss 44-63.

¹³⁷ The EFTA Court (2005) side 20-30. En omtale av Baudenbachers argumentasjon med henvisning til videre litteratur er også i Fredriksen (2010) side 252-254.

opptatt av å unngå at EØS ble et «EF à la carte» hvor EFTA-statene fikk delta i EUs indre marked, men uten å ta på seg de forpliktelser som medlemsstatene i EU måtte bære. Gjennom en dynamisk tolkning av EØS-avtalen søker EFTA-domstolen å ivareta denne gjensidigheten som ble forutsatt mellom avtalepartene. Statlig erstatningsansvar er en «byrde» EU sine medlemsstater må bære som følge av medlemsskapet i EU, og for at det skulle være gjensidighet mellom avtalepartene måtte et tilsvarende ansvar også eksistere i EFTA-pilaren av EØS. Det andre forholdet ved Sveinbjörnsdóttir-saken som er sentralt, er avgjørelsens anerkjennelse av private som rettssubjekter under EØS-avtalen. Ved å oppstille et statlig erstatningsansvar tildeles det et korresponderende rettskrav for private *i nasjonal rett* til erstatning, som bryter med EFTA-statenes dualistiske forhold til folkeretten. Europautredningen har dermed, med rette, omtalt avgjørelsen som å ha ledet EØS-avtalen et hakk i «overnasjonal» retning.¹³⁸

(ii) Rettskilder

Den sentrale rettskilde som taler for at det er en ulovfestet rett til dokumentinnsyn hos ESA er EFTA-domstolens dom i Schenker-saken.¹³⁹ I Schenker-saken kan det identifiseres en argumentasjonslinje som ligner meget på den som ble fremsatt i Sveinbjörnsdóttir-saken.¹⁴⁰ EFTA-domstolen viser nemlig både til avtalens gjensidighet og likebehandling av aktører i EØS. Først må det understrekes at Schenker-saken ble avgjort på grunnlag av innsynsreglene 2008 som uttrykkelig fastslo i artikkel 2 nr. 1 at alle borgere i EØS hadde en rett til dokumentinnsyn hos ESA. Som følge av dette tok ikke EFTA-domstolen uttrykkelig stilling til om en slik rett eksisterte, eller på hvilket grunnlag.¹⁴¹ Det sentrale vurderingstemaet i saken var om homogenitetsmålsetningen tilsa at ESAs regler skulle tolkes likt som de korresponderende reglene i EUs innsynsforordning.¹⁴² Selv om EFTA-

¹³⁸ NOU 2012: 2 side 92.

¹³⁹ Sak E-14/11 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan.

¹⁴⁰ Sak E-14/11 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan.

¹⁴¹ Selv om den nåværende drøftelse viser at dette er noe EFTA-domstolen burde ha tatt stilling til. Det er ikke opplagt at det er en rett til dokumentinnsyn hos ESA, eller hvilket rettsgrunnlag en slik rett hviler på.

¹⁴² Det er vanskelig å si hvilke vurderinger som lå til grunn for ESAs valg om å prosedere på at homogenitetsmålsetningen ikke kom til anvendelse. EFTA-domstolen fastslo nådeløst (og med godt rettskildemessig grunnlag) at en lik fortolkning var uunngåelig.

domstolen ikke uttrykkelig vurderer om en rett til dokumentinnsyn eksisterer, er det likevel uttalelser som taler for at det eksisterer en rett til dokumentinnsyn.

EFTA-domstolen gav uttrykk for at ESA var *forpliktet* til å vedta tilsvarende innsynsregler som EU, under henvisning til fortalen i EØS-avtalen avsnitt 4 som gir uttrykk for gjensidighet mellom avtalepartenes forpliktelser og til at målet om et ensartet EØS kun kan oppnås dersom operatører i hele EØS nyter godt av de samme rettighetene.¹⁴³ Dette er interessant, fordi her anvendes gjensidighetsargumentasjonen i en ny kontekst idet argumentasjonen er rettet mot ESA i stedet for EFTA-statene slik tilfellet var i Sveinbjörnsdóttir-saken. En slik anvendelse av kravet til gjensidighet er ny, og er ikke i overensstemmelse med ordlyden i fortalen som viser til at det skal være gjensidighet mellom *avtalepartene*, altså de stater som er part i avtalen. ESA er ikke en avtalepart, men er opprettet i særskilt avtale (ODA) slik som forutsatt i EØS-avtalen artikkel 108 nr. 1. Det virker som at EFTA-domstolen her mener at heller ikke ESA får bedrive «cherry-picking» i henhold til hvilke regelverk fra Kommisjonen de ønsker å overta.¹⁴⁴ EFTA-domstolen viser også til likebehandling av aktører i hele EØS og viktigheten av at disse kan nyte godt av de samme rettighetene. Disse to argumentene er tett knyttet sammen. Gjensidighet i avtaleforpliktelser er et virkemiddel for å oppnå likebehandling av EØS-aktører, og målet om lik behandling av aktører i EØS *er* homogenitetsmålsetningen. Resultatet blir at homogenitetsmålsetningen krever at det er en *lik* rett til dokumentinnsyn for aktører i EØS uavhengig av om innsyn begjæres hos ESA eller Kommisjonen.

Systembetragtninger taler for at det hos ESA bør være en rett til dokumentinnsyn. Innsynreglenes forhold til den øvrige EØS-retten er komplisert, og byr på mange forskjellige problemstillinger. Et eksempel er at innsynsreglene må forholde seg til regler om taushetsplikt, som gir grunnlag for å unnta dokumenter som inneholder opplysninger

¹⁴³ Sak E-18/11 Irsk Bank mot Kaupthing Bank premiss 58.

¹⁴⁴ Se Fredriksen (2009) side 513. Jfr. også overstående fremstilling som har illustrert at ESAs praksis er å kopiere relevante regelverk fra Kommisjonen.

om forretningshemmeligheter.¹⁴⁵ Det er viktig at EØS-retten sikrer at forretningshemmeligheter til foretak i hele EØS er beskyttet på lik måte, det vil si at det er samme informasjon som er vernet uavhengig av om det er Kommisjonen eller ESA som etterforsker saken. EU/EØS-rettens regler om taushetsplikt er derfor ikke til hinder for, men taler snarere *for*, at det bør være en rett til innsyn hos ESA.

Reelle hensyn taler for at det bør være en rett til dokumentinnsyn hos ESA. En rett til dokumentinnsyn er en underkategori av det overordnede prinsippet om offentlighet. Prinsippet om offentlighet er sterkt knyttet til øvrige verdier i demokratiske stater som ytringsfriheten. Ytringsfriheten bærer konstitusjonell rang i de fleste vestlige stater, også i Norge jfr. Grunnloven § 100.¹⁴⁶ Som følge av dette vil de tungtveiende hensyn som ligger til grunn for offentlighetsprinsippet og ytringsfriheten også gjøre seg gjeldene å medføre at retten til dokumentinnsyn står sterkt. Det skal ikke redegjøres for disse hensyn her, men det interessante er at EFTA-domstolen viser nettopp til offentlighetsprinsippet i Schenker-saken. EFTA-domstolen viser til at innsynsreglene er et uttrykk, «*embodiment*», av offentlighetsprinsippet som er felles for de tre demokratiske EFTA-statene.¹⁴⁷ Slik det fremgår av sammenhengen gir ikke henvisningen til offentlighetsprinsippet nødvendigvis noen selvstendig betydning for kravet om homogen tolkning, men det er interessant i den nåværende drøftelsen av en rett til dokumentinnsyn. Når retten til dokumentinnsyn knyttes til offentlighetsprinsippet og demokratiske verdier, vil det styrke den etterfølgende aksepten av dommen.¹⁴⁸ Jeg mener at fordi retten til dokumentinnsyn er knyttet opp mot offentlighetsprinsippet, demokratiet og ytringsfriheten vil det være vanskelig for EFTA-statene ikke å godkjenne denne utvidelsen av EØS-avtalen som skjer ved etableringen av en rett til dokumentinnsyn. Det er altså de tungtveiende rettspolitiske betraktningene som

¹⁴⁵ Se kapittel 4.4 om denne problemstillingen.

¹⁴⁶ Grunnloven § 100 (5) om rett til dokumentinnsyn.

¹⁴⁷ Sak E-14/11 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan premiss 118.

¹⁴⁸ Det er kjent at EFTA-domstolens president (og medvirkende dommer i Schenker-saken), Carl Baudenbacher, har det synspunkt at spørsmålet om EØS-avtalens rekkevidde beror på partenes etterfølgende aksept, se en omtale i Fredriksen (2009) side 252-254 med videre henvisninger. Det er ikke nødvendig å ta stilling til holdbarheten av dette synspunktet, men for dette tilfellet er synspunktet interessant.

ligger til grunn for regelen som medfører en etterfølgende aksept til utvidelse av EØS-avtalens grenser. Dette er interessant fordi det ikke umiddelbart er gitt at EØS-avtalen skal inneholde sikringsgarantier for demokratiske kvaliteter som dokumentinnsyn faktisk medfører.

I forlengelsen av EFTA-statens etterfølgende aksept av avgjørelsen, er det også grunn til å peke på at en rett til dokumentinnsyn hos ESA ikke vil ha noen virkning i nasjonal rett. Retten til innsyn er hos ESA og en eventuell overprøving vil skje i EFTA-domstolen. Etableringen av en ulovfestet rett til dokumentinnsyn vil altså ikke gripe inn i EFTA-statenes suverenitet, og inngrep i statlig suverenitet kan dermed ikke være et argument mot at retten eksisterer. Dette er en forskjell fra Sveinbjörnsdóttir-saken hvor tilfellet var nettopp at rettsregelen som ble etablert fikk virkning i nasjonal rett ved at den tildelte rettssubjekter i nasjonal rett krav på erstatning ved statlig brudd på EØS-rettslige forpliktelser.

Tvert i mot kan suverenitetssynspunktet tjene som et argument for at det må eksistere en rett til dokumentinnsyn. Det er uomtvistet at inngåelsen av EØS-avtalen medførte suverenitetsavståelse, selv om denne var tilsiktet å være mindre inngripende enn den suverenitetsavståelse som et fullt EU-medlemskap ville medføre. Erfaringen etter snart 20 år med EØS-avtalen tyder på at suverenitetsavståelsen var mer inngripende enn først antatt. Den tidligere fremstilling av hvorledes innsynsretten ble utviklet i EU er illustrerende. På et tidspunkt der EU-samarbeidet ble forsterket og i større utstrekning medførte inngrep i nasjonal suverenitet, krevde nasjonalstatene en forbedring av demokratiske kvaliteter i Unionen. På samme måte som i EU, lider EØS-avtalen av demokratiske mangler – gjerne omtalt som et dobbelt demokratisk underskudd.¹⁴⁹ Når mangelen på demokratiske kvaliteter i EØS er sterkere enn i EU, og EU har søkt å bedre dette gjennom blant annet en rett til dokumentinnsyn – taler dette for at en tilsvarende rett må eksistere også i EØS for

¹⁴⁹ For en utførlig fremstilling av EØS-avtalens demokratiske mangler og deres betydning for norsk demokrati, se NOU 2012: 2 side 826-837.

ESA. Det er ikke rettens eksistens som sådan, men de formål og hensyn retten søker å ivareta. Når tidligere nasjonale oppgaver, som for eksempel den type overvåkning ESA foretar, er flyttet vekk fra nasjonalstaten og fjernere fra borgerne oppstår det et krav om legitimitet. Legitimitet oppnås gjennom gjennomsiktighet, åpenhet og dokumentinnsyn. Både EU-forordningen og innsynsreglene 2012 anerkjenner og proklamerer ønsket om å fremme administrativ legitimitet.¹⁵⁰ En rett til dokumentinnsyn vil realisere og styrke slike verdier.

(iii) Konklusjon

Homogenitetsmålsetningen, systembetraktninger og reelle hensyn taler for at det er en ulovfestet rett til dokumentinnsyn hos ESA. Etter min vurdering er disse tilstrekkelige til å si at det er en ulovfestet innsynsrett hos ESA. Svaret er ikke endelig avklart, men våren 2013 verserer det seks innsynssaker for EFTA-domstolen. På bakgrunn av prosedyreskriftene er det klart at dette er et spørsmål som domstolen blir nødt til å ta stilling til. Det er grunn til å tro at EFTA-domstolen vil opprettholde sine synspunkter knyttet til homogenitetsmålsetningen som ble fremsatt i Schenker-saken. Homogenitetsmålsetningens krav til lik behandling av aktører i EØS, og EFTA-domstolens bruk av gjensidighet er argumentasjon som knytter seg til EØS-samarbeidet, og er ikke knyttet til ESAs innsynsreglement. Denne delen av argumentasjonen er det derfor god grunn til å tro at domstolen vil opprettholde for fremtidige saker. Et interessant spørsmål er hvordan EFTA-domstolen vil forankre retten til dokumentinnsyn, som ikke lenger fremgår av klartekst i innsynsreglene. På bakgrunn av at argumentasjonen i Schenker-saken var så sterkt knyttet opp mot homogenitetsmålsetningen, tror jeg EFTA-domstolen vil gjenta disse argumenter. På bakgrunn av de tungtveiende rettspolitiske betraktninger som ligger til grunn for en innsynsrett, vil det være umulig for EFTA-statene ikke å akseptere denne utvidelsen av EØS-retten.

¹⁵⁰ Jfr. Innsynsforordningens fortale avsnitt 2 og fortalen til innsynsreglene 2012 avsnitt 2.

Fordi det er homogenitetsmålsetningens krav til likebehandling av aktører som stiller krav om en tilsvarende innsynsrett hos ESA, vil dette begrense ESAs adgang til å endre (eller avskaffe) innsynsreglene. ESAs fremtidige og mulige endringer av sine innsynsregler vil være bundet av EUs innsynsregler på grunn av kravet til at aktører skal ha lik tilgang på dokumenter, enten disse er lokalisert hos Kommisjonen eller ESA. ESA kan for eksempel ikke avskaffe innsynsreglene i sin helhet.

3.4 Rettskildebruk ved tolkningen av innsynsreglene

Spørsmålet er hvilke rettskilder som er relevante (tillatt å ta i betraktning) ved tolkningen av innsynsreglene 2012. Den foregående analyse har vist at reglene er rettslig bindende for ESA, og at private kan hevde rettigheter på grunnlag av innsynsreglene. Dette følger både av at reglene skaper berettiget forventning om saksbehandling i tråd med regelverket, samtidig som reglene er bindene fordi de kodifiserer en ulovfestet rett til dokumentinnsyn.

Når det gjelder tolkningen av innsynsreglene som følge av at de skaper berettigede forventninger, er det to sentrale faktorer som er relevante å ta i betraktning. For det første må den naturlige forståelsen av ordene i innsynsreglementet være relevant. Det er ordlyden, slik den er publisert på ESAs nettsider og i EEA Supplement som gir grunnlaget for forventningen, og som er gitt rettslig beskyttelse. Ordlyden er det mest sentrale i fastleggelsen av hvilke berettigede forventninger som kan utledes av reglene. For det andre må ESAs praktisering av innsynsreglene være relevant. Praksis fra ESA er i første rekke tilgjengelig gjennom årlige rapporter. Hvert år publiseres ESA en årsrapport der det redegjøres blant annet for innsynsreglene og praktiseringen av disse.¹⁵¹ Videre er det mulig å begjære innsyn i de vedtak som innvilger eller avslår innsynsbegjæringer hvor ESAs praktisering og tolkning av reglene vil være tydelige.¹⁵² Som en følge av at det er nødvendig å begjære innsyn i vedtak besluttet av ESA, og disse dermed ikke er allment tilgjengelige, kan det argumenteres for at ESAs praksis bør tillegges mindre vekt. Siden

¹⁵¹ Se for eksempel Annual report 2011 side 51.

¹⁵² Dette er enklere etter ESAs revisjon av innsynsreglene høsten 2012. Gjennom ESAs dokumentregister er det mulig å se alle mottatte og behandlede innsynsbegjæringer, se omtale ovenfor i kapittel 3.2.4.

praksisen ikke er allment tilgjengelig kan dette tjene som et argument for at disse ikke i samme utstrekning er med på å danne grunnlag for forventninger. Denne argumentasjonen kan sies å stemme i noen grad. Den manglende publiseringen av ESAs praksis repareres i noen grad gjennom den årlige rapporten der det gis statistikk og redegjøres generelt for ESAs praksis. Etter min mening kan derfor ESAs praktisering av sine innsynsregler være relevant, og at det heller kan nyanseres mellom ordlyd og praksis i vektingen av de ulike rettskildene. Følgelig er det grunn til å tro at i fastleggelsen av de berettigede forventningene vil ordlyden være mer viktig enn ESAs praksis.

Når det gjelder tolkningen av innsynsreglene som følge av at de gir uttrykk for en ulovfestet rett til dokumentinnsyn, stiller saken seg annerledes i spørsmålet om hvilke rettskilder som er relevante. Det må tas utgangspunkt i at retten til dokumentinnsyn slik den kommer til uttrykk i innsynsreglene er en del av EØS-retten, og medfører at EØS-rettslig metode får anvendelse.¹⁵³ Den EØS-rettslig metode kan rent systematisk deles inn i to trinn. Første trinn er å kartlegge innholdet av tilsvarende EU-regel. Andre trinn er – under henvisning til homogenitetsmålsettingen – å vurdere i hvilken utstrekning tilsvarende regel må anvendes i EØS.¹⁵⁴ EFTA-domstolen har uttalt at det må foreligge «compelling grounds» som følge av «differences in the scope and purpose of the EEA Agreement as compared to the EC Treaty...» som skal kunne begrunne forskjellig tolkningsresultat.¹⁵⁵ Disse uttalelsene fra rettspraksis tyder på en høy terskel. EFTA-domstolen har allerede avgjort at det skal være rettshomogenitet på området for innsynsregler, og dette medfører at ESAs regler skal tolkes på tilsvarende måte som innsynsreglene i EU som gjelder for Kommisjonen.¹⁵⁶

¹⁵³ Sak E-14/11 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan, innledningsvis i premiss 118.

¹⁵⁴ Se EØS-rett (2012) side 189-228.

¹⁵⁵ Se sak E-3/98 Hervert Rainford-Towning premiss 21 og forende saker E-9/07 og E-10/07 L'Oréal m.fl premiss 31.

¹⁵⁶ Det følger av drøftelsen i kapittel 3.3.4 at dette er et standpunkt EFTA-domstolen vil opprettholde for fremtidige saker.

Langt på vei er innsynsreglene til ESA en kopi av de innsynsreglene som gjelder for Kommisjonen og i disse tilfellene vil den EU-rettslige metode med de rettskilder som der er relevante få betydning ved tolkningen av ESAs regler.¹⁵⁷ Som den videre fremstillingen vil vise har ESA i innsynsreglene 2012 inntatt en del regler som mangler sidestykke i innsynsforordningen, men som den videre fremstillingen vil vise får dette ikke betydning.

Et analytisk poeng som må fremheves er at innsynsreglene ikke får anvendelse i nasjonal rett i EFTA-statene.¹⁵⁸ Det blir derfor ikke nødvendig å ta stilling til innsynsreglenes forhold og eventuell tolkning i nasjonal rett.

3.5 Innsynsreglene 2012

I dette avsnittet skal det gis en fremstilling av innholdet i innsynsreglene 2012, og det skal foretas en komparativ analyse opp mot innsynsforordningen.

Formålet med reglene er gitt i artikkel 1. Målet er å definere prinsippene, betingelsene og begrensningene som styrer retten til dokumentinnsyn i ESA. Videre skal reglene sikre enkel utøvelse av denne retten, og gi grunnlaget for god praktisering av reglene. Bestemmelsen svarer til innsynsforordningen artikkel 1, bortsett fra at innsynsforordningen i tillegg proklamerer målsettingen om størst mulig grad av innsyn.¹⁵⁹ Som tidligere nevnt er det denne målsettingen som under innsynsforordningen blant annet medfører at innsyn gis *erga omnes*. Siden ESA ikke har samme klare målsetting, kunne det stilles spørsmål om innsyn under innsynsreglene 2012 skal gis *erga omnes*. Etter lanseringen av det nye offentlige dokumentregisteret til ESA, er det ikke lenger tvil om at også ESA gir innsyn *erga omnes*. Offentliggjorte dokumenter legges ut i denne databasen og er tilgjengelig for alle.

¹⁵⁷ For en fremstilling av metodelæren i EU, se for eksempel i EØS-rett (2012) side 190-217.

¹⁵⁸ Jfr. ovenfor i kapittel 3.3 om dette.

¹⁵⁹ Denne forskjellen får betydning i tolkningen av unntakene i artikkel 4. Se mer nedenfor om dette.

Innsynsreglene artikkel 2 nr. 1 angir hvem som kan begjære innsyn. Etter ordlyden er dette enhver naturlig eller juridisk person. Det stilles ikke krav om tilhørighet til en EØS eller EFTA-stat.¹⁶⁰ Innsynsforordningen artikkel 2 nr. 1 stiller krav om tilhørighet til Unionen, enten ved unionsborgerskap eller registret adresse eller forretningssted. I artikkel 2 nr. 2 åpnes det for at også andre kan be om innsyn, dette er også fulgt i praksis.¹⁶¹ Selv om ordlyden i reglene til Kommisjonen og ESA er litt forskjellig utformet vil de i praksis ramme samme målgruppe. Innsynsreglene artikkel 2 definerer dokument, hvorledes offentliggjøring skal skje og forholdet til øvrige innsynsregler. Dette er regulert hovedsakelig på samme måte som i innsynsforordningen.

Innsynsreglene artikkel 4 nr. 1 inneholder et absolutt unntak fra innsyn dersom det er tale om sensitive dokumenter, som er gradert etter avtale mellom ESA og en tredjepart. At unntaket er absolutt følger av ordlyden «shall refuse». Det opereres med tre sikkerhetsgraderinger; «Authority Secret», «Authority Confidential» og «Authority Restricted». Reglene angir ikke hvordan eller hvilke dokumenter dette er eller noen nærmere om vilkårene for at dokumentene får tildelt en slik klassifisering.¹⁶² Innsynsforordningen artikkel 9 regulerer sikkerhetsgraderte dokumenter. Til forskjell fra ESA opererer Kommisjonen ikke med et absolutt unntak, jfr. formuleringen i artikkel 9 nr. 4, men behandlingen av innsynsbegjæringer knyttet til slike dokumenter er begrenset til bestemte personer jfr. artikkel 9 nr. 2. Videre har Kommisjonen publisert sine svært detaljerte interne retningslinjer vedrørende gradering av dokumenter og behandlingen av sensitive opplysninger jfr. artikkel 9 nr. 6.¹⁶³ Her er det altså en forskjell mellom

¹⁶⁰ Innsynsreglene 2008 angav uttrykkelig at enhver borger i en EØS stat kunne begjære innsyn.

¹⁶¹ Se Kommisjonens retningslinjer, publisert i OJ 2001/L 345/94, tillegget artikkel 1 (2).

¹⁶² I epost datert 23.11.2012 opplyser Gjermund Mathisen v/ESA at dette er regulert i interne manualer som er unntatt innsyn jfr. innsynsreglene artikkel 4 nr. 7.

¹⁶³ Se Commission Decision of 29 November 2001 amending its internal Rules of Procedure. Publisert i OJ 2001/L 317/1.

Kommisjonen og ESA, og Kommisjonen er her mer åpen enn ESA hva gjelder sensitive dokumenter.¹⁶⁴

Innsynsreglene artikkel 4 nr. 2 inneholder fire unntak. Ingen av disse er å finne i innsynsforordningen. Bokstav a gir adgang til å unnta dokumenter som knytter seg til pågående prosedyrer eller etterforskninger med hjemmel i ODA protokoll 3 og 4. Protokoll 3 og 4 fastsetter rammene for ESAs myndighet i forbindelse med overvåkning av reglene om henholdsvis statsstøtte konkurranse i EØS-avtalen. ESA kan altså unnta dokumenter i pågående statsstøtte og konkurransesaker. Samme resultat følger av rettspraksis under innsynsforordningen, men dette er på grunnlag av en snever fortolkning av artikkel 4 nr. 2 tredje strekpunkt.¹⁶⁵

Bokstav b gir unntak for dokumenter som knytter seg til innsamlingen av bevismateriale i saker etter ODA protokoll 3 og 4. Heller ikke denne bestemmelsen finnes i innsynsforordningen men hos Kommisjonen vil det likevel være problematisk å få innsyn i bevismateriale på grunnlag av innsynsforordningen fordi slikt materiale normalt er dekket av unntakene i artikkel 4 nr. 2 første og tredje strekpunkt. Her er det trolig ingen forskjell mellom Kommisjonen og ESA i praksis.

Konkurransereglene håndheves av Kommisjonen, ESA og nasjonale konkurransemyndigheter. Alle disse tre institusjonene samarbeider i overvåkingen og håndhevelsen av konkurranseretten. Bokstav c og d gir unntak for dokumenter oversendt i tråd med samarbeidsprosedyrene som følger av EØS-avtalen og ODA med protokoller.¹⁶⁶ Tilsvarende unntak følger ikke av innsynsforordningen. Innsyn i slike dokumenter hos Kommisjonen må derfor underkastes en vurdering i henhold til øvrige unntak i

¹⁶⁴ Etter min vurdering er det grunn til å tro at ESA har kopiert Kommisjonens retningslinjer om hvilke dokumenter som skal graderes. ESAs faste praksis er å overta reglementer fra Kommisjonen, og jeg kan ikke se på hvilket grunnlag ESA i dette tilfellet skulle ha behov for å utarbeide egne regler.

¹⁶⁵ Se kapittel 2.3.

¹⁶⁶ Se for eksempel EØS avtalen artikkel 109 nr. 2 og artikkel 58, ODA fortalen avsnitt 5, artikkel 5 nr. 2 bokstav c og artikkel 26 og protokoll 4, spesielt del 2 artikkel 11 mv.

forordningen. Informasjonen som befinner seg på slike dokumenter vil variere fra sak til sak, slik at det er vanskelig å si noe generelt om det på dette område vil være noen forskjell mellom Kommisjonen og ESA. Det som kan sies er at informasjonen i slike saker svært ofte er unntatt innsyn fordi det er tale om forretningshemmeligheter, og det er hjemmel i innsynsforordningen for å unnta dokumenter i den utstrekning de inneholder slike opplysninger.¹⁶⁷ På bakgrunn av dette tror jeg ikke at unntaket i ESAs regler egentlig innebærer noen forskjell fra øvrig rettstilstand i EU.

Unntaksadgangen som er nedfelt i artikkel 4 nr. 3 og 4 er identisk med EU-forordningen artikkel 4 nr. 1 og 2. Artikkel 4 nr. 3 inneholder absolutte unntak. Det følger av ordlyden «shall» at unntaket i bestemmelsen er absolutt. Bokstav a og b angir at de deler av et dokument hvis offentliggjøring vil kunne skade et av de nevnte hensyn *skal* holdes tilbake. Unntakene er sortert i fire strekpunkt; offentlig sikkerhet, forsvars og sikkerhetssaker, internasjonale relasjoner, den finansielle, monetære eller økonomiske politikk i en EØS-stat eller privatlivet eller integriteten til et individ.¹⁶⁸ Formuleringene etter ordlyden er vid, og kan favne vidt. Artikkel 4 nr. 4 inneholder relative unntak. Hvis offentliggjøring kan skade et av de nevnte interesser, skal dokumentet holdes tilbake, med mindre det foreligger «an overriding public interest in disclosure». Interesser som er nevnt her er kommersielle interesser til en naturlig eller juridisk person, rettergang og juridisk veiledning, formålet med etterforskninger, overvåkning eller inspeksjoner. Også disse unntakene har en forholdsvis vid formulering.

Innsynsforordningen inneholder som nevnt de samme unntak. Konsekvent rettspraksis har tolket disse unntakene snevert som følge av den overordnede målsettingen om «*widest possible access*» jfr. innsynsforordningen artikkel 1 bokstav a.¹⁶⁹ Etter at ESA har endret

¹⁶⁷ Se en mer utførlig redegjørelse for dette i kapittel 4.4.

¹⁶⁸ Her skal det sees særlig hen til EØS-rettslig materiale som sikrer beskyttelse av private data. EU-forordningen om persondata nr. 45/2001 er her ikke relevant, da den ikke er en del av EØS jfr. også uttalelser i sak E-14/11 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan premiss 167.

¹⁶⁹ Se for eksempel Sak T-433/08 EnBW AG mot Kommisjonen premiss 41 med videre henvisninger til rettspraksis.

sine innsynsregler, og fjernet denne målsettingen, er det uklart i hvilken utstrekning dette får betydning i tolkningen av ESAs unntak. Fordi det eksisterer en ulovfestet rett til innsyn hos ESA jfr. tidligere argumentasjon, vil endringen ikke få betydning fordi ESA er forpliktet til å følge denne målsettingen, og dermed en snever tolkning av unntakene.¹⁷⁰

Majoriteten av unntakene skal underkastes en interesseavveining, på samme måte som de tilsvarende unntakene i innsynsforordningen.¹⁷¹ I visse tilfeller skal offentliggjøring likevel skje dersom det foreligger en «*overriding public interest in disclosure*». Hva som skal utgjøre en slik interesse er ikke konkretisert nærmere i reglene. ESAs praksis gir heller ingen holdepunkter for å fastslå et nærmere innhold. En naturlig forståelse av «*offentlig*» er noe som angår eller er felles for alle eller en større gruppe. Antitetisk kan det derfor slutes at rent personlige interesser ikke kan påberopes.

I fortalen til innsynsreglementet er det fremhevet enkelte overordnede interesser. Det fremholdes at åpenhet gir mulighet for borgere til å delta i beslutningsprosesser og gir administrasjonen økt legitimitet, er mer effektiv og ansvarlig for borgere i et demokratisk system basert på demokrati og menneskerettigheter. Innsynsreglene hviler altså på seks ulike interesser: deltakelse, legitimitet, effektivitet, ansvarlighet, demokrati og menneskerettigheter. Disse interessene kan subsumeres under en språklig forståelse av offentlige interesser. Denne delen av fortalen er kopiert fra EU-forordningens avsnitt 2, og det må bemerkes at enkelte deler av kopieringen ikke treffer like godt i forhold til ESA. Dette gjelder spesielt frasen om at åpenhet gir borgere mulighet til å delta i beslutningsprosesser. Det er vanskelig å se, ut fra ODA med protokoller, hvordan borgere gis mulighet til å delta i beslutningsprosessene til ESA. Det eneste bidraget en alminnelig

¹⁷⁰ Dersom det legges til grunn at innsynsreglene er bindende kun i den utstrekning de skaper berettigede forventninger er det større grunn til å tro at dette vil kunne få en innvirkning. Se ovenfor i kapittel 3.3.3 om dette.

¹⁷¹ Artikkel 4 nr. 2, nr. 4, nr. 5, nr. 6 og nr. 7. Interesseavveiningen var også knyttet til enkelte av unntakene i innsynsreglene 2008. I Schenker-saken avgjorde EFTA-domstolen at private søksmål kan utgjøre en allmenn interesse i offentliggjøring, hvilket er motsatt av hva EU-domstolen har fastslått. Se kapittel 4.5.4.

borger kan gjøre for å «delta» i en beslutningsprosess i ESA er å levere en klage jfr. ODA artikkel 20, jfr. omtale i Europautredningen.¹⁷²

Fortalen til ESAs innsynsregler er dermed i stor grad kopiert fra den som ligger til grunn for innsynsforordningen, slik at de offentlige interesser som kan påberopes i vurderingen av om det foreligger en overveiende offentlig interesse i offentliggjøring er de samme. Det er viktig å være klar over at hvis det i vurderingen av om det foreligger en overveiende offentlig interesse er tillatt å trekke inn offentlige interesser som ikke ligger til grunn for innsynsreglene, vil det trolig være et mye bredere spekter av offentlige interesser å trekke inn i vurderingen under innsynsforordningen enn under ESAs innsynsregler. Forklaringen på dette er selvfølgelig forskjellen mellom bredde og dybde på EU- og EØS-samarbeidet.¹⁷³

Innsynsreglene artikkel 6-12 inneholder regler for hvorledes innsynsbegjæringer skal behandles hos ESA. Det er ikke funnet hensiktsmessig å gi en utførlig behandling av disse reglene. De svarer innholdsmessig i stor grad til innsynsforordningen.¹⁷⁴

Den komparative analysen av innsynsreglene 2012 i forhold til innsynsforordningen har vist at reglene, både i utforming og i innhold, er svært like. I den utstrekning det er forskjeller mellom reglene er dette normalt som følge av at det er en litt annen institusjonell ramme og særegenheter ved EØS. I tillegg har ESA valgt å innta tolkningsresultater av øvrige unntak som eksisterer i forordningen. En forskjell av substansiell viktighet er at innsynsreglene 2012 ikke inneholder en like klar hovedregel om størst mulig grad av åpenhet og en *rett* til innsyn. Disse forskjellene blir mindre viktige som følge av at reglene

¹⁷² NOU 2012: 2 side 215, avslutningsvis i avsnitt 10.5.3.

¹⁷³ EØS-rett (2011) side 86. Se mer om dette i kapittel 4.5.

¹⁷⁴ ESA opererer blant annet med kortere svarfrister, se innsynsreglene artikkel 7 nr. 2 sammenliknet med innsynsforordningen artikkel 7 nr. 1. Dette kan være fordi ESA mottar betraktelig færre begjæringer enn Kommisjonen. En annen forskjell er at avslag på innsynsbegjæring av ESA ikke kan bringes inn for den Europeiske Ombudsmannen.

kodifiserer en rett til dokumentinnsyn, og følgelig må tolkes likt som tilsvarende regler i EU.

3.6 Innsyn i traktatbruddssaker

3.6.1 Innledning

I det følgende skal det gis en redegjørelse for innsyn i traktatbruddssaker. Spørsmålet er hvilke dokumenter det er mulig å begjære innsyn i, hvilke unntak som kan få anvendelse og hvilken praksis Kommisjonen og ESA fører i slike saker. Det spesielle ved traktatbruddssaker er at det er medlemsstatene som sådanne som er gjenstand for kontroll, og at prosedyrene for å komme frem til en løsning tidvis kan ha innslag av politiske og diplomatiske elementer.¹⁷⁵ Et interessant spørsmål er om dette har betydning for hvilken grad av åpenhet som føres.

Som følge av konklusjonen i kapittel 3.3 og 3.4 om at det eksisterer en ulovfestet rett til dokumentinnsyn hos ESA, og denne skal tolkes likt som tilsvarende regler i EU, skal det være rettsenhet i tolkningen og anvendelsen av innsynsreglene i hele EØS. Som utgangspunkt vil det derfor ikke være nødvendig å skille mellom Kommisjonen og ESA i den videre fremstilling, og det er heller ikke gjort.¹⁷⁶

3.6.2 Gjenstand for innsyn

Hvilke dokumenter som er tilgjengelige i en traktatbruddssak vil variere sterkt fra sak til sak. Dels vil dette være avhengig av hvor omfattende saken er, og dels av hvor langt i selve traktatbruddsprosedyren saken kommer.¹⁷⁷ Det er mulig å dele dokumentene i en traktatbruddssak inn i fire hovedkategorier.

¹⁷⁵ Til forskjell fra en strengt rettslig prosedyre i konkurransesaker.

¹⁷⁶ Det er likevel forsøkt å vise til de korresponderende bestemmelser som gjelder for hver institusjon, og i de få tilfeller det er nødvendig å skille mellom ESA og Kommisjonen er dette nevnt uttrykkelig.

¹⁷⁷ Et traktatbruddssøksmål har potensielt fire stadier, men ikke nødvendigvis. Saken kan henlegges underveis dersom kontrollorganet kommer frem til at det ikke foreligger brudd. Les mer om traktatbruddsprosedyren i NOU 2012 :2 side 215-217 eller EØS-rett (2011) side149-152.

(i) En første kategori er de dokumenter som skriver seg fra iverksettelsen av etterforskningen til kontrollorganet, spesielt de dokumenter som er den utløsende faktor til at etterforskning iverksettes. Kontrollorganet kan iverksette etterforskning på eget initiativ, eller etter en klage.¹⁷⁸ Etterforskning på eget initiativ har normalt grunnlag i kontrollorganets generelle oppgaver med å føre tilsyn med medlemsstatenes forpliktelser. Kontroll av nasjonal myndighet baserer seg først og fremst på utveksling av informasjon ved at medlemsstatene oversender informasjon til kontrollorganet, og at kontrollorganet anmoder nasjonale myndigheter om informasjon.

Et eksempel er ODA artikkel 6 som angir at ESA kan anmode om «*alle nødvendige opplysninger fra regjeringer og vedkommende myndigheter i EFTA-statene og fra foretak og sammenslutninger av foretak*». EØS-loven § 5 gir korresponderende hjemmel for at nasjonale myndigheter kan utlevere informasjon, uten hinder av lovbestemt taushetsplikt. Bestemmelsene gir en vid hjemmel for ESA til å kreve informasjon i forbindelse med overvåkingen. Det faktum at også taushetsbelagt informasjon kan kreves utlevert, har betydning når det skal vurderes om innsyn skal gis. Når prosedyren iverksettes som følge av generell overvåking vil det eksistere et vidt spekter av dokumenter som kan være gjenstand for innsyn.

Et annet eksempel er at kontrollorganene kontrollerer rettidig implementering av rettsakter fra EU. Medlemsstatene er forpliktet til å avgi rapporter om fremgang og endelig implementering av nye rettsakter. I følge ESA iverksettes traktatbruddsprosedyre automatisk dersom det ikke mottas melding om implementering innen fristen.¹⁷⁹ Siden det da vil være fraværet av et dokument som medfører iverksettelse av prosedyren, vil de første

¹⁷⁸ EØS artikkel 109 nr. 1 jfr. ODA artikkel 5 nr. 1 bokstav a og 22. I tillegg EØS-avtalen artikkel 109 nr. 3 jfr. ODA artikkel 20 og TEUV artikkel 24. nr. 2 jfr. 227. Tidvis er sontringen mellom klagesaker og saker på eget initiativ uklar fordi klager ønsker å være anonym. Se EØS-rett (2011) side 149, note 215.

¹⁷⁹ Annual report 1998 side 2.

dokumentene i en slik sak, som det er mulig å begjære innsyn i, være fra kategori nummer to (omtalt nedenfor).

Etterforskning etter klage kommer fra privatpersoner eller juridiske personer som henvender seg til kontrollorganet, med påstand at de er skadelidende på grunn av at nasjonale myndighet er ikke har gjennomført eller fulgt en EØS-regel på korrekt måte. Hvis en etterforskning settes i gang på dette grunnlaget vil det normalt foreligge dokumenter fra anklageren, som kan være gjenstand for innsyn.

(ii) Kategori to er de formelle dokumenter slik de fremgår av henholdsvis ODA artikkel 31 og TEUV artikkel 258. De formelle dokumenter er formelt åpningsbrev og grunnlagt uttalelse, begge dokumenter kan være gjenstand for innsyn. Også brev som avslutter traktatprosedyre faller inn under denne kategorien.

(iii) En tredje kategori er de dokumenter med opprinnelse utenfor kontrollorganet som knytter seg til traktatbruddsprosedyren, herunder utarbeidelsen av de formelle dokumenter. Etter etterforskningen er satt i gang, og frem til et eventuelt traktatbruddssøksmål, vil kontrollorganet innhente informasjon. Dette kan være fra tredjeparter uten tilknytning til saken, og fra staten som er gjenstand for etterforskning. Informasjon innhentes på frivillig og ufrivillig basis. Som sitert ovenfor har kontrollorganet hjemmel til å forlange informasjon av nasjonale myndigheter. Som følge av nasjonale myndigheters interesse i å unngå at saken vises til relevant domstol, vil nasjonale myndigheter bidra med dokumentasjon for å motbevise at det foreligger brudd på EØS-retten, eller orientere kontrollorganet om de endringer som er gjort, i håp om at saken henlegges. Brevutvekslingen mellom kontrollorgan og nasjonalstat kan være gjenstand for innsyn.

(iiii) En fjerde kategori er interne dokumenter, som er utarbeidet av Kommisjonen og ESA i arbeidet med etterforskningen. Eksempler på interne dokumenter er notater, møtoreferater, utkast, arbeidsdokumenter. Felles for dokumentene er at de har tilknytning til, og leder

frem til, de formelle dokumenter i en sak (kategori to ovenfor). Disse kan også være gjenstand for innsyn.

Ytterligere en gruppering av informasjon tilknyttet traktatbruddssaker må nevnes, uten at det utgjør en egen kategori. I en traktatbruddssak vil det tidvis være informasjon som ikke er knyttet til et dokument og dermed ikke kan være gjenstand for innsyn. Det kan eksistere opplysninger og bakgrunnsmateriale i slike saker som skriver seg fra uformell kontakt mellom kontrollorganet og nasjonale myndigheter. Prosedyren for traktatbrudd legger opp til, og tar sikte på, at kontrollorganet og nasjonale myndigheter skal løse saken gjennom konstruktive dialoger. Et traktatbruddssøksmål er ikke i seg selv et mål for kontrollorganet. Det viktigste er at nasjonale myndigheter bringer angivelige brudd på EU/EØS-retten til opphør, eller får overbevist kontrollorganet at det ikke foreligger et brudd. Dette må sees i sammenheng med det overordnede formålet innenfor EU og EØS om et ensartet regelverk jfr. homogenitetsmålsetningen. Målet ved en traktatbruddsprosedyre er å oppnå et ensartet regelverk, ikke i å konstatere brudd på forpliktelser fremfor EU- eller EFTA-domstolen.¹⁸⁰ I den grad det finner sted slik uformell kontakt kan informasjonen komme til uttrykk i vedtak om at saken henlegges, eller informasjon kan komme frem i en eventuell rettssak, eller informasjonen vil ikke være sporbar.

3.6.3 Hjemmel for unntak

Spørsmålet for dette avsnittet er i hvilken grad det er hjemmel for å unnta dokumenter i traktatbruddssaker fra innsyn. Det er tidligere redegjort for hvilke unntak som eksisterer under EU-forordningen om innsyn og innsynsreglene til ESA. Unntakene er mange og vidt formulerte. Enkelte av unntakene knytter seg til dokumentets innhold, andre til dokumentets opprinnelse og enkelte av unntakene knytter seg til den tidsmessige plasseringen i prosessen. På bakgrunn av dette er det grunnlag for å si at alle unntakene kan tenkes anvendt på dokumenter i en traktatbruddssak.

¹⁸⁰ Se forordet i Annual Report 2011.

Når det gjelder første dokumentkategori om innsyn i eventuell klage fra privat individ eller foretak, er unntaket til beskyttelse av personvern trolig mest aktuelt.¹⁸¹ Hensynet til personvern kan ivaretas ved at klageindividets identitet skjules, men at det gis innsyn i øvrige deler av dokumentet, i tråd med regelen om meroffentlighet. Her er det forskjell på Kommisjonen og ESA fordi førstnevnte må tolke innsynsforordningen i tråd med EUs personvernregler som er regulert i egen forordning.¹⁸² Denne er ikke inntatt i EØS, og dermed ikke relevant i ESAs vurdering.¹⁸³ Felles for begge institusjoner er at vedtak må respektere den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 8 om respekt til privatliv.¹⁸⁴ Forskjeller mellom Kommisjonen og ESA vil da være reservert til de tilfeller hvor forordningen går lengre i beskyttelsen av personvern enn EMK artikkel 8.

De unntakene som trolig hyppig blir påberopt for å unnta dokumenter i traktatbruddssaker, er innsynsforordningen artikkel 4 nr. 2 tredje strekpunkt, artikkel 4 nr. 3 første og annet ledd samt artikkel 4 nr. 4 og nr 5.¹⁸⁵ De to førstnevnte bestemmelsene vil kunne dekke alle dokumenter i pågående saker, og interne dokumenter før og etter saken er avsluttet. Disse unntakene er således illustrerende for den potensielt vide adgangen til å unnta dokumenter i traktatbruddssaker.

Artikkel 4 nr. 4 og nr. 5 er særskilt aktuelle i traktatbruddssaker fordi bestemmelsen regulerer såkalte «*third-party documents*». Dette er dokumenter med opprinnelse utenfor Kommisjonen, herunder nasjonalstater jfr. artikkel 3 b (dokumentkategori tre ovenfor). Når det begjæres innsyn i dokumenter som Kommisjonen eller ESA har mottatt fra tredjeparter «*shall [the institution] consult the third party with a view to assessing whether an exception in paragraph 1 or 2 is applicable, unless it is clear that the document shall or*

¹⁸¹ Innsynsforordningen artikkel 4 nr. 1 bokstav b, og innsynsreglene 2012 artikkel 4 nr. 3 bokstav b.

¹⁸² Forordning nr. 45/2001.

¹⁸³ Se også i C-14/11 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan premiss 167.

¹⁸⁴ Ibid. premiss 123 og 166.

¹⁸⁵ Innsynsreglene 2012 har tilsvarende unntak, i den videre fremstillingen nøyer jeg meg med å vise til innsynsforordningen.

shall not be disclosed». Det følger av ordlyden «*shall*» at institusjonen (Kommisjonen eller ESA) har en *plikt* til å forhøre seg med tredjeparten.¹⁸⁶ På grunnlag av ordlyden skulle en tro at tredjeparten ikke ensidig skulle kunne forlang at et dokument skal unntas offentlighet. Dette følger av to begrensninger i ordlyden til artikkel 4 nr. 4. For det første er tredjepartens rolle begrenset til en konsultasjon jfr. «*consult*», altså en rådgivende rolle. For det andre må eventuelt tilbakeholdelse i dokumentet forsvares i henhold til unntakene i artikkel 4 nr. 1 eller 2.

Rettspraksis har ikke tolket ordlyden «*consult*» så nært opp til ordlyden.¹⁸⁷ Rettspraksis har fastslått at Kommisjonen har ansvar for at vedtaket er lovmessig, altså i tråd med forordningen.¹⁸⁸ Videre er rettspraksis klar på at tredjeparten ikke har noen vetorett.¹⁸⁹ Likevel må Kommisjonen gjengi tredjepartens begrunnelse i sitt vedtak, og kan ikke endre eller foreta en annen vurdering av denne begrunnelsen foruten å kontrollere at det er en sammenheng mellom de anførte begrunnelser og unntakene i forordningen.¹⁹⁰ Etter min vurdering ligger dette ganske nært opp til en vetorett for tredjeparter. Hvis uttalelsene sees i sammenheng, er det ikke noen reell adgang for kontrollorganet til å tilsidesette medlemsstatenes rettslige anvendelse av unntakene, men kun å kontrollere sammenhengen. Dette forsterkes av at unntakene i artikkel 4 nr. 1 og 2 er svært vidt formulerte.¹⁹¹ En slik vetorett kan være truende fordi det unntar mange dokumenter fra anvendelsesområde til innsynsforordningen, og kan føre til en mindre grad av åpenhet enn det som tilsynelatende følger av ordlyden i reglene.

¹⁸⁶ Denne plikten vil i alle tilfelle foreligge dersom tredjeparten har benyttet seg av muligheten i artikkel 4 (5).

¹⁸⁷ Sentral avgjørelse er sak C-64/05 Sverige mot Kommisjonen.

¹⁸⁸ Sak C-135/11 IFAW II mot Kommisjonen premiss 61.

¹⁸⁹ Ibid. premiss 57 med henvisning til tidligere rettspraksis.

¹⁹⁰ Ibid. premiss 62-65.

¹⁹¹ En vetorett mot offentliggjøring på dokumenter fra tredjeparter ble før forordningen omtalt som «*authorship rule*». Innsyn i slike dokumenter måtte søkes hos vedkommende tredjepart som dermed kunne påberope seg nasjonal hjemmel mot offentliggjøring. Det følger av forarbeidene til innsynsforordningen at det var det uenighet om hvorvidt denne regelen skulle opprettholdes.¹⁹¹ Rettspraksis argumenterer formelt for at regelen ikke er opprettholdt under innsynsforordningen, selv om resultatet i praksis ligger nært opp til en slik vetorett. Kommisjonen har foreslått å kodifisere rettspraksis etter IFAW II-saken i forbindelse med den pågående revisjonen av innsynsforordningen jfr. COM (2008) 229 side 19 og 20.

Konsultasjonsplikten faller bort hvis det er klart, «*clear*», at et dokument skal eller ikke skal offentliggjøres. En språklig forståelse av ordlyden gir antydning på det ikke skal være tvil. Bestemmelsen inneholder ingen videre anvisning på når dette er tilfelle, men det er mulig å gjøre visse antagelser på grunnlag av de øvrige unntak. Hvis et dokument inneholder særskilt sensitivt materiale, og institusjonen ikke er i tvil om at et dokument er dekket av et unntak, kan institusjonen selvstendig avslå innsynsbegjæringen. Omvendt, hvis dokumentet inneholder allerede kjente opplysninger, kan institusjonen gi innsyn eller vise til øvrige kilder til dokumentet jfr. artikkel 10 nr. 2. I begge de nevnte tilfeller vil det være formalistisk å opprettholde konsultasjonsplikten. At institusjonen i det nevnte tilfelle kan ta selvstendig stilling til innsynsbegjæringen er i tråd med kravet til rask og effektiv saksbehandling jfr. artikkel 1 nr. c og artikkel 7.

3.6.4 Praksis

Spørsmålet er hvilken åpenhetslinje som føres av Kommisjonen og ESA når det gjelder innsyn i traktatbruddssaker. Som tidligere nevnt er alle unntak potensielt anvendbare. I de statistikker som publiseres av Kommisjonen og ESA vises det kun til hvilke unntak som anvendes, og det er ikke konkretisert om dette da gjelder traktatbruddssaker eller øvrige sakstyper. Dette medfører at det ikke er mulig å si konkret hvilken grad av åpenhet som institusjonene praktiserer i traktatbruddssaker. Både Kommisjonen og ESA gir stort sett innsyn i de begjæringene som fremmes. Den tidligere fremstilling har vist at Kommisjonen gir innsyn i 80 % av innsynssakene, og at også ESA i stor utstrekning praktiserer en høy grad av åpenhet. Fordi statistikken omfatter innsynsbegjæringene knyttet til traktatbruddssaker, kan det antas at det også i disse sakene er en liberal åpenhetspraksis.

Dette må være gjenstand for noe nyansering. For det første mottar trolig Kommisjonen og ESA et lavere antall innsynsbegjæringene knyttet til traktatbruddssaker. Dette vises av statistikk i årsrapportene hvor det fremgår at det hyppigst begjæres innsyn i statsstøtte og konkurransesaker. For det andre er det grunn til å tro at innsynsbegjæringene rettes til den nasjonalstaten som er gjenstand for undersøkelse for traktatbrudd, da vedkommende stat normalt vil besitte sakens sentrale dokumenter samt bevismateriale i saken (kategori tre

ovenfor).¹⁹² På dette punkt skiller traktatbruddssaker seg fra konkurransesaker fordi det alltid vil være et alternativ (og etter mine antakelser) mer nærliggende å begjære innsyn hos avsender av dokumentet, altså nasjonalstaten.¹⁹³ Tilsvarende er ikke mulig i konkurransesaker hvor etterforskningsobjektet i de fleste tilfeller er foretak og individer som ikke er underkastet lovgivning om offentlighet.

Etter ESAs opprettelse av databasen for offentlige dokumenter er det grunn til å tro at det vil skje en reduksjon i antall innsynsbegjæringer knyttet til traktatbruddssaker. Kommisjonen har ingen tilsvarende database. I databasen publiseres både formelle åpningsbrev og grunngitte uttalelser. Når ESA praktiserer aktivt åpenhet på denne måten reduseres behovet for å fremme innsynsbegjæringer fordi dokumentene allerede er tilgjengelige. Samtidig gir ikke dette et ubetinget grunnlag for å si at ESA er mer åpen enn Kommisjonen i traktatbruddssaker. Begrunnelsen er at det bare er de dokumenter det er begjært innsyn i og som kan være gjenstand for offentlighet som legges ut i databasen.¹⁹⁴ Det vil altså ikke bli gitt mer innsyn som følge av databasen. Det er likevel grunn for å si at dokumentbasen gjør ESA mer åpen fordi dokumenter er lettere tilgjengelig for allmennheten.

3.6.5 Oppsummering

Fremstillingen har vist at det er vid adgang til å benytte unntak på dokumenter i tilknytning til traktatbruddssaker, men at det føres en liberal åpenhetspraksis av kontrollorganene. Det er grunn til å tro at det mottas et lavere antall innsynsbegjæringer i traktatbruddssaker og for ESAs del vil dette reduseres ytterligere som følge av den nye databasen.

¹⁹² Dette kan være med på å redusere de praktiske virkningene av den snevre fortolkningen av artikkel 4 nr. 4 og 5.

¹⁹³ Før vedtakelsen av innsynsforordningen var dette også slik innsynsregimet var bygget opp. Regelen ble kalt «authorship rule» og medførte at innsyn skulle kreves hos forfatteren av dokumentet. Se for eksempel i Peers (2003) side 392-393.

¹⁹⁴ Jfr. ESAs pressemelding knyttet til lanseringen PR(13) 32.

Unntakene i artikkel 4 nr. 4 og 5 er behandlet utførlig da disse er særlig aktuelle i traktatbruddssaker. Rettspraksis har tolket unntakene slik at den reelle beslutningen om offentliggjøring i disse tilfeller ligger hos nasjonalstaten, som i realiteten har vetorett på om dokumentet skal offentliggjøres. Dette er betenkelig fordi det potensielt kan medføre en redusert grad av åpenhet i slike saker.

4 Særlig om innsyn i konkurransesaker

4.1 Innledning

Innledningsvis ble oppgaven delt i en generell og en spesiell del. Til nå har avhandlingen behandlet innsynsreglene hos Kommisjonen og ESA som utgjør den generelle delen. Dette kapitlet utgjør avhandlingens spesielle del ved at innsynsreglenes innhold og funksjon skal analyseres på konkurranserettens område. Med konkurranserettens område i denne avhandlingen siktes det til saker etter TEUV artikkel 101 og 102 (EØS-avtalen artikkel 53 og 54) som er forbud mot konkurransebegrensende samarbeid, og forbud mot utilbørlig utnyttelse av ett eller flere foretaks dominerende stilling. Innsynsregler i statsstøttesaker, foretaksslutninger og offentlige anskaffelser er ikke gjenstand for behandling, men vil i enkelte tilfeller ha relevans for fastleggelsen av hvilke regler som gjelder i konkurransesaker.

Grunnen for at ett konkret område er valgt ut for nærmere omtale er flere. For det første er det påkrevet av plasshensyn. Videre har den tidligere fremstillingen vist at innsynsforordningen har et bredt anvendelsesområde på alle områder og virkeområder til EU-institusjonene.¹⁹⁵ EU opererer med et stort institusjonelt apparat, og dekker materielt sett svært mange rettsområder. For å kunne få et hensiktsmessig og faktisk innblikk i innsynsreglenes funksjon er det fordelaktig å avgrense og undersøke ett område. Valget falt da naturligvis på konkurranserettens område hvor det foreligger en stor grad av likhet mellom Kommisjonen og ESA.¹⁹⁶ Dette var også et naturlig valg på bakgrunn av den komparative analysen som ble foretatt i avhandlingens generelle del (kapittel 2 og 3).

Problemstillingene som oppstår i møte mellom konkurranseretten og innsynsreglene er flere, og på et overordnet plan er det mulig å utpeke enkelte betraktninger som ser ut til å

¹⁹⁵ Jfr. Innsynsforordningen 2 nr. 3 og tilsvarende i ESAs innsynsregler 2012 artikkel 2 nr.2.

¹⁹⁶ Dette er også forutsatt i EØS-avtalen artikkel 58 jfr. også den overordnede homogenitetsmålsetningen som kommer til uttrykk både i EØS-avtalen og ODA.

være gjennomgående i de konflikter som er oppstått i rettspraksis. På mange måter eksisterer det en slags grunnleggende interessenmotsetning mellom konkurranseretten og reglene om innsyn for offentligheten. Formålet med innsynsreglene til Kommisjonen og ESA er å fremme åpenhet ved det arbeidet institusjonene utfører, og dette gir mulighet for at det kan eksistere en åpen og fri debatt om deres virksomhet, oppgaver og potensielle feil. Praktiseringen av åpenhet er egnet til å fremme sentrale verdier i demokratiske stater som ytringsfrihet, ansvarlighet og respekt for menneskerettigheter. Konkurranseretten har som formål å sikre det frie markedet i EØS, og i forlengelsen av dette er det vedtatt et omfattende regelverk som gir Kommisjonen og ESA adgang til å føre kontroll, overvåke og sikre den frie konkurransen i EØS. Gjennom dette regelverket har Kommisjonen og ESA fått tildelt betydelig kompetanse til å beslaglegge og kreve utlevert dokumentasjon fra foretak som er gjenstand for etterforskning for potensielt brudd på EØS-rettslige konkurranseregler.

I sin overvåkning og håndhevelse av konkurranseretten sitter Kommisjonen og ESA på betydelige mengder av dokumentasjon som ofte er dekket av taushetsplikten fordi dokumentene inneholder sensitiv informasjon om de foretakene som blir etterforsket. Kjernen av problematikken ligger nettopp her. Det er en grunnleggende interessenmotsetning mellom på den ene siden konkurranserettens prosedyrer, som er avhengig av hemmelighold på bakgrunn av dokumentenes karakter, og på den andre siden den åpenhetslinje som følger av innsynsreglene.

Denne interessenmotsetningen er tydelig i rettspraksis hvor det blir nødt til å ta stilling til hvordan disse reglementene forholder seg til hverandre. Et sentralt spørsmål er om konkurransereglens spesifikke innsynsregler anses som *lex specialis* i forhold til innsynsreglene og dermed tildeles forrang?¹⁹⁷ Et annet spørsmål er om, og i hvilken utstrekning, det i tolkningen av innsynsforordningen kan tas hensyn til de rettigheter som

¹⁹⁷ Dette drøftes i kapittel 4.4.

følger av konkurranseretten, som for eksempel privat håndhevelse av konkurransereglene.¹⁹⁸

Den første delen av interessemotsetningen om innsynsreglenes åpenhet, er omtalt i den generelle delen. Innledningsvis i den spesielle delen skal det redegjøres for den andre delen av interessemotsetningen, de konkurransespesifikke reglene for innsyn (kapittel 4.2). Etter dette følger behandlingen av tre konkrete problemstillinger knyttet opp mot konkurranserettens møte med de offentlige innsynsreglene. Først behandles plikten til konkret vurdering, hvor problemet i konkurransesaker er at det ofte begjæres innsyn i svært omfattende saksmapper (kapittel 4.3). Derneft behandles et høyaktuelt unntak i konkurransesaker, nemlig unntaket til beskyttelse av kommersielle interesser (kapittel 4.4). Til sist skal det redegjøres for vurderingen av om det foreligger overveiende offentlige interesser i offentliggjøring (kapittel 4.5).

Leseren gjøres oppmerksom på at den videre fremstillingen ikke lenger vil være underkastet en komparativ analyse. Grunnen er konklusjonen ovenfor om at det etter min vurdering er en ulovfestet rett til dokumentinnsyn hos ESA.¹⁹⁹ Uten å gjengi tidligere drøftelse, er det verdt å minne om at retten oppstilles (blant annet) på grunnlag av homogenitetsmålsetningen om lik behandling av aktører i EØS. Som følge av dette skal det være rettshomogenitet i Kommisjonens og ESAs anvendelse av innsynsregler i konkurransesaker. Selv om det er rettshomogenitet, utøver Kommisjonen og ESA sin myndighet i konkurransesaker på forskjellig rettslig grunnlag, og det er søkt å vise til begge grunnlag i størst mulig utstrekning.

4.2 Rettslig ramme for innsyn i konkurransesaker

Det rettslige grunnlaget for innsyn i konkurransesaker varierer etter *hvem* som begjærer innsyn. Hvem som begjærer innsyn kan sorteres inn i tre persongrupper, navnlig

¹⁹⁸ Se kapittel 4.5.4.

¹⁹⁹ Se kapittel 3.3.5.

offentligheten, parter og klager. Offentligheten er subjekter (individer eller foretak) som ikke er berørt eller knyttet til den konkrete konkurransesak som det begjæres innsyn i. En part er en person, foretak eller sammenslutning som er gjenstand for undersøkelse for brudd på konkurransereglene og dermed er direkte berørt av saken. Klager er vedkommende som har initiert etterforskning i den konkrete konkurransesaken ved å innlevere en klage.

Det er ingen spesifikke regler i konkurranseretten som gir offentligheten innsyn i dokumenter knyttet til konkurransesaker. Dette medfører at de generelle innsynsregler (innsynsforordningen og ESAs innsynsregler) får anvendelse. Ordlyden i innsynsforordningen 2 nr. 3 og ESAs innsynsregler 2012 artikkel 2 nr.2 tilsier også dette.

For parter i konkurransesaker er innsyn regulert av forordning 1/2003 og ODA protokoll 4, som inneholder regler om prosedyren for etterforskning og håndhevelse av konkurranseretten samt Kommisjonsnotatet om partsinnsyn (heretter Kommisjonsnotatet).²⁰⁰ Kommisjonsnotatet er en ikke-bindende rettsakt som gir uttrykk for Kommisjonens praksis på området, og er på mange måter en konkretisering eller detaljregulering av de regler som fremgår av forordningen.²⁰¹ Det følger av forordningens artikkel 27. nr. 1 at parter skal gis innsyn i saksmappen i den utstrekning dette er nødvendig for å ivareta retten til forsvar, men likevel at innsynsretten er begrenset og ikke gir innsyn i konfidensiell informasjon og interne dokumenter.²⁰² Det følger av bestemmelsens ordlyd at innsynsretten kun gjelder «*the parties concerned*» hvilket er foretak eller individer som er gjenstand for etterforskning for brudd på regelverket.²⁰³ Antitetisk kan det slutes at denne

²⁰⁰ Commission Notice on the rules for access to the Commissions file in cases pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, Articles 53, 54 and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation (EC) No 139/2004. Publisert i OJ 2005/C 325/07.

Tilsvarende notat vedtatt av ESA; Kunngjøring om reglene for innsyn i EFTAs overvåkningsorgans saksdokumenter i saker i henhold til EØS-avtalen artikkel 53, 54 og 57. Publisert i EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende. 14 årgang. Nr. 50. 25.10.2007. Side 1.

²⁰¹ EØS-rett (2011) side 57.

²⁰² Jfr. ODA protokoll 4 del II kapittel II seksjon VIII artikkel 27 nr. 2.

²⁰³ Uttrykkelig sagt også i Kommisjonsnotatet om partsinnsyn punkt 2.

innsynsretten ikke gjelder offentligheten og klager. Innsynsrettens begrensninger fremgår av Kommisjonsnotatet punkt 17-19 som gir en konkret oppramsing av hvilke opplysninger som normalt er å regne som konfidensielle. Punkt 23 fremholder at normalt sett mister dokumenter sin kommersielle verdi etter fem år.²⁰⁴

For klager er det gitt regler om innsyn i forordning 773/2004 (gjennomførelsesforordningen). Klager kan være en naturlig eller juridisk person som kan påvise en berettiget interesse jfr. artikkel 5 nr. 1.²⁰⁵ Gjennomførelsesforordningen inneholder regler om hvorledes Kommisjonen innleder prosedyrene i konkurransesaker, og behandling av klager og høring av berørte parter.²⁰⁶ Adgangen til dokumentinnsyn varierer etter hvilket utfall saken får. Hvis klagen *tas til behandling* får klageren adgang til å delta i en eventuell muntlig høring, og komme med innsigelser. Det følger av forordning 1/2003 artikkel 27 nr. 1 in fine at innklager skal inkluderes i prosessen, og gjennomførelsesforordningen artikkel 6 nr. 1 angir at klager i så tilfelle har krav på en ikke-konfidensiell versjon av meddelelsen av klagepunkter. Hvis Kommisjonen *avslår* klagen får klageren en utvidet rett til innsyn jfr. gjennomførelsesforordningens artikkel 7 og 8. Dette utløser en rett for innklager til å begjære innsyn i de dokumenter som ligger til grunn for Kommisjonens vurdering, dog ikke i dokumenter som inneholder forretningshemmeligheter eller andre fortrolige opplysninger jfr. artikkel 8 nr. 1. Etter artikkel 8 nr. 2 er innklagerens bruk av dokumenter begrenset mot andre formål.

Fremstillingen har vist at det i konkurransesaker er en liten grad av åpenhet, selv for de involverte parter. I de tilfeller parter eller klager får innsyn omfatter dette aldri forretningshemmeligheter eller interne dokumenter til kontrollorganet. Forklaringen på hvorfor det i så liten utstrekning er åpenhet i slike saker er at for å avdekke brudd på konkurransereglene er at dokumenter i konkurransesaker ofte inneholder sensitiv

²⁰⁴ Se kapittel 4.4 hvor Kommisjonsnotatet punkt 23 får betydning ved tolkningen av innsynsforordningens unntak til beskyttelse av kommersielle interesser.

²⁰⁵ Det følger av forordning 1/2003 artikkel 7 nr. 1 at Kommisjonen kan iverksette etterforskning vedrørende brudd på konkurransereglene etter klage eller på eget initiativ.

²⁰⁶ Gjennomførelsesforordningens forale avsnitt 1.

informasjon. I sin overvåkning og kontroll har Kommisjonen og ESA fått tildelt betydelig kompetanse til å beslaglegge og kreve innlevert dokumenter fra foretak og individer. I et forsøk i å skape balanse (og motivere foretak til å samarbeide under etterforskningen) er de opplysninger som er innhentet i slike saker beskyttet av omfattende taushetsplikt. På denne måten kan det identifiseres en slags prioritering ved at regelverket prioriterer å avdekke brudd på konkurransereglene, fremfor å praktisere åpenhet.²⁰⁷ Hvorvidt dette har fått medhold og sympati i rettspraksis av domstolene er en annen sak, og vil belyses i den videre avhandling.

4.3 Plikt til å foreta konkret vurdering

4.3.1 Hovedregelen om konkret og individuell vurdering

I behandlingen av en innsynsbegjæring skal det foretas en konkret og individuell vurdering av hvert dokument, for å vurdere om et unntak får anvendelse på hele eller deler av dokumentet. Kravet til konkret og individuell vurdering kan ikke forankres i ordlyden til innsynsforordningen, men er knesatt gjennom fast rettspraksis både før og etter vedtakelsen av forordningen.²⁰⁸

Begrunnelsen for kravet hviler på to forhold, navnlig formålet med innsynsforordningen og proporsjonalitetsprinsippet. For det første vil en konkret og individuell vurdering bidra til å fremme formålet med innsynsforordningen, som er å gi «the widest possible access to documents» jfr. artikkel 1 bokstav a. Ved å undersøke hvert dokument opp mot unntakene, sikres det at kun det dokumentet (eller deler av det) som faktisk er dekket av unntaket, holdes tilbake. For det andre stiller proporsjonalitetsprinsippet krav om at institusjonene i EU gjennom sine rettsakter ikke må gå lengre enn det som er egnet og nødvendig, for å oppnå det tilsiktede formål.²⁰⁹ Anvendt på innsynsforordningen er tankegangen at en

²⁰⁷ Se i samme retning ESAs argumentasjon i sak E-14/11 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan, premiss 202.

²⁰⁸ Se T-2/03 VKI mot Kommisjonen premiss 71-74.

²⁰⁹ EØS-rett (2011) side 69.

konkret vurdering er et mindre inngrep i retten til dokumentinnsyn enn et blankt avslag fordi vurderingen fører til mer åpenhet.²¹⁰

Kravet til konkret vurdering har en prosessuell og en materiell side. Den prosessuelle siden er hvordan institusjonen må tydeliggjøre i et avslag at det er foretatt en slik vurdering, og rettspraksis har stilt strenge krav til begrunnelsen.²¹¹ Den materielle siden er *hva* som faktisk ligger i kravet til konkret vurdering. Den materielle siden av kravet til konkret og individuell vurdering kan spesifiseres på to måter. For det første kan institusjonen ikke klassifisere dokumenter og knytte unntakene til de forskjellige kategoriene.²¹² For det andre kan det ikke vises til dokumentets art eller natur. Institusjonen må undersøke om det er et faktisk behov for beskyttelse av dokumentet.²¹³ Det er den materielle siden som er gjenstand for behandling i den videre fremstillingen.

4.3.2 Unntak

Rettspraksis har utviklet tre unntak fra hovedregelen om konkret og individuell vurdering. For det første gjøres det unntak i åpenbare tilfeller. Dette er hvis dokumentet åpenbart er dekket av et unntak, dokumentet allerede er offentliggjort eller institusjonen allerede har vurdert dokumentet for innsyn.²¹⁴ I slike tilfeller vil ikke en konkret vurdering tjene noen praktiske formål. For det andre gjøres det unntak dersom den administrative byrden er særlig tyngende. Slik unntaket er formulert av domstolen er terskelen for anvendelsen av dette unntaket svært høyt.²¹⁵ For det tredje gjøres det unntak ved at institusjonen kan

²¹⁰ Nærmere om proporsjonalitetsprinsippet, se sak C-353/99 Rådet mot Heidi Hautala premiss 28 som viser til T-14/98 Hautala mot Rådet premiss 85. Fulgt opp i T-2/03 VKI mot Kommisjonen premiss 100.

²¹¹ Se for eksempel i sak C-506/08 Sverige og My Travel mot Kommisjonen premiss 76. Hvis det gis delvis innsyn har rettspraksis tolket dette som at det er foretatt en konkret vurdering, se for eksempel i forenede saker C-39/05 og C-52/05 Sverige og Turco mot Rådet, premiss 55.

²¹² Dette ble ikke akseptert i T-2/03 VKI mot Kommisjonen, se rettens drøftelse i premissene 65-93.

²¹³ Se forenede saker T-391/03 og T-70/04 Franchet og Byk mot Kommisjonen, premiss 118.

²¹⁴ T-2/03 VKI mot Kommisjonen premiss 75.

²¹⁵ Ibid. Premiss 112. Se også i sak E-14/11 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan premiss 273. EFTA-domstolen fremholdt at ESA kunne ha redusert den administrative byrden ved å be avsender om å klausulere (sensurere) dokumentene. Hjemmel for dette er Kommisjonsnotatet punkt 36 og ODA protokoll 4, kapittel 3, artikkel 16 (3).

anvende generelle presumsjoner som får anvendelse på visse kategorier av dokumenter, og det er dette unntaket som skal behandles her..²¹⁶ Adgangen til å bygge på generelle presumsjoner er i sin helhet utviklet i rettspraksis, og ble for første gang fremsatt i Turco-saken.²¹⁷ I etterkant av denne avgjørelsen er det kommet en rekke avgjørelser som har fulgt opp og anvendt dette unntaket. En nærmere studie av rettspraksis har vist at det konkrete innholdet i unntaket er uklart og sprikende.

4.3.3 Nærmere om adgangen til å bygge på generelle presumsjoner

Målet med fremstillingen er å gi en nærmere redegjørelse for det nærmere innholdet av unntaket om adgangen til å bygge på generelle presumsjoner. Et viktig spørsmål er *hva* som kan gi grunnlag for generelle presumsjoner. Dernest er spørsmålet hva som er konsekvensene av å anvende en slik presumsjon. Etter dette skal disse to spørsmål drøftes konkret i forhold til innsyn i konkurransesaker. Det hele rundes av med en oppsummering og vurdering av rettstilstanden.

(i) Hva kan gi grunnlag for en generell presumsjon?

På grunnlag av rettspraksis kan dette besvares med to setninger. For det første vil konkrete bestemmelser som gir anvisning på konfidensialitet gi grunnlag for en presumsjon mot offentliggjøring, i den betydning at innsyn ikke skal gis. For det andre vil konkrete bestemmelser som gir anvisning på åpenhet gi grunnlag for en presumsjon for offentliggjøring, i betydningen at innsyn skal gis.

Generaladvokaten i Turco-saken fremholdt at innsynsforordningens unntak til beskyttelse av «legal advice» var et uttrykk for at det skulle være konfidensialitet om slike forhold, og gav grunnlag for en generell presumsjon *mot* offentliggjøring.²¹⁸ Domstolen pekte på

²¹⁶ Se forenede saker C-39/05 og C-52/05 Sverige og Turco mot Rådet, premiss 50.

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ Se Generaladvokatens uttalelse i forenede saker C-39/05 og C-52/05 Sverige og Turco mot Rådet, premiss 55.

formålene med innsynsforordningen, spesielt fortalens sjette avsnitt om åpenhet i lovgivningssaker, og mente at det i slike saker skulle være åpenhet hvilket gav grunnlag for en generell presumsjon *for* offentliggjøring. Selve strukturen i Generaladvokatens uttalelse ble altså opprettholdt, selv om han ikke fikk gjennomslag for sitt konkrete resultat. Det var her en bestemmelse eller rettslig angivelse i retning åpenhet som gav grunnlag for en presumsjon for offentliggjøring. Strukturen kan identifiseres i senere saker ved anvendelsen av unntaket om generell presumsjon. Et eksempel på dette er i TGI-saken hvor de svært begrensede innsynsreglene i statsstøttesaker gav grunnlag for en generell presumsjon mot offentliggjøring.²¹⁹ Et annet eksempel er i Odile-Jacob-saken hvor de strenge reglene for behandling av informasjon i saker vedrørende foretakssammenslutninger grunnlag for en presumsjon mot offentliggjøring.²²⁰

(ii) Hva er konsekvensene av å oppstille slike generelle presumsjoner?

I de tilfeller det oppstilles en generell presumsjon mot offentliggjøring ved at innsyn ikke gis, er det to konsekvenser. Den første, og kanskje viktigste, konsekvensen er at vedkommende institusjon kan avslå innsynsbegjæringen, uten å foreta en konkret vurdering, under henvisning til presumsjonen. Den andre konsekvensen er at bevisbyrden for om det foreligger en overveiende offentlig interesse i offentliggjøring blir snudd.²²¹ I utgangspunktet er det institusjonen som skal foreta denne vurderingen på eget initiativ, men hvis det kan vises til en generell presumsjon mot offentliggjøring, skyves bevisbyrden over på vedkommende som har fremmet innsynsbegjæringen. Et eksempel på dette er i TGI-saken hvor ble det oppstilt en generell presumsjon mot offentliggjøring, og bevisbyrden ble endret.²²² I de tilfeller det gjelder en generell presumsjon for at offentliggjøring skal skje, må institusjonen som hovedregel gi innsyn, og bevisbyrden endres ikke.

²¹⁹ Sak C-139/07 Kommisjonen mot TGI. Premiss 50-64, særlig premiss 61.

²²⁰ Sak C-404/10 Kommisjonen mot Odile Jacob premiss 117-118.

²²¹ Mer om denne konkrete konsekvensen i kapittel 4.5.3.

²²² Sak C-139/07 Kommisjonen mot TGI premiss 62. Jfr. også sak C-404/10 Kommisjonen mot Odile Jacob premiss 126.

Rent faktisk innebærer bruken av generelle presumsjoner at område-spesifikke regler om konfidensialitet blir en form for *lex-specialis* i forhold til innsynsforordningen. Fordi det er de område-spesifikke reglene om konfidensialitet som gir grunnlaget for presumsjonen, og medfører avslag, gis disse reglene i realiteten forrang. På denne måten innskrenkes anvendelsesområde til innsynsforordningen. Dette resultatet strider både mot innsynsforordningens utforming, formål samt uttalelser i rettspraksis om at slike område-spesifikke regler tvert i mot *ikke* skal være *lex specialis*.²²³

De overordnede konsekvenser av generelle presumsjoner beror på hvor mange slike presumsjoner som oppstilles. Hvis det oppstilles mange generelle presumsjoner, vil dette øke bruken av automatiske avslag under henvisning til presumsjonen. Dette vil kunne medføre at stadig flere områder blir unntatt innsyn, hvilket er direkte stridende mot formålet til innsynsforordningen. Av hensynet til åpenhet og offentlighet er det grunn for domstolene å være tilbakeholdene i dannelsen av generelle presumsjoner mot offentliggjøring. Dessverre taler kriteriene for grunnlaget til slike presumsjoner for at det enkelt vil kunne oppstilles presumsjoner, ved at det kun er nødvendig å vise til et rettslig grunnlag for konfidensialitet. Den videre utviklingen i rettspraksis, og domstolenes vilje til å oppstille presumsjoner, kan altså få stor betydning for nedslagsfeltet til innsynsforordningen.

4.3.4 Generell presumsjon i konkurransesaker?

Det foreligger ingen rettspraksis som gir et endelig svar på denne problemstillingen. Svaret beror derfor på de øvrige uttalelsene i rettspraksis vedrørende adgangen til å oppstille generelle presumsjoner. I den utstrekning det kan identifiseres område-spesifikke regler om konfidensialitet, kan disse gi en presumsjon mot offentliggjøring.

²²³ Se for eksempel i Sak 477/10 Kommisjonen mot Agrofert, premiss 50 og 51.

Det er tidligere redegjort for de spesifikke innsynsreglene i konkurransesaker.²²⁴ Her kan det trekkes paralleller med begrensede regler om innsyn i saker om statsstøtte og foretakssammenslutninger.²²⁵ På samme måte som at de begrensede innsynsreglene i øvrige sakstyper har kunnet gi grunnlag for en generell presumsjon, skulle en tro at dette også gjelder tilsvarende i kartellsaker. Rettspraksis har inntatt et annet standpunkt. I EnBW-saken kom Førsteinstansretten frem til at det ikke kunne oppstilles en tilsvarende presumsjon i konkurransesaker. EnBW-saken er anket og er dermed ikke rettskraftig.²²⁶ Dette medfører at det er nødvendig med en selvstendig vurdering av holdbarheten til rettens argumentasjon og resultat.

Førsteinstansretten i EnBW-saken avviser Kommisjonens argumentasjon at det kan oppstilles en generell presumsjon mot offentliggjøring i konkurransesaker. Begrunnelsen er todelt. For det første gjaldt TGI-saken en pågående statsstøttesak. De reglene som gav uttrykk for konfidensialitet og gav grunnlag for den generelle presumsjonen gjaldt bare i pågående saker. Som følge av dette kunne ikke tilsvarende presumsjon oppstilles i avsluttede saker.²²⁷ I et obiter dictum fremholder Førsteinstansretten at selv om argumentasjonen i TGI-saken anvendes analogisk kunne de begrensede reglene om innsyn i kartellsaker *ikke* gi grunnlag for en tilsvarende presumsjon fordi de er annerledes utformet.²²⁸

Førsteinstansrettens første avgrensning mot TGI-saken virker ved første øyekast plausibelt og velgrunnet. Dessverre gir ikke denne avgrensningen like mye mening hvis det sees hen til hvorledes dette er løst i tilknytning til foretakssammenslutninger. I slike saker, som også opererer med begrenset innsyn i pågående saker, gjelder presumsjonen derimot både i

²²⁴ Avsnitt 4.2

²²⁵ Jfr. overnevnte saker om dette.

²²⁶ Sak C-365/12 Kommisjonen mot EnBW.

²²⁷ Sak T-344/08 EnBW mot Kommisjonen premiss 56 og 57.

²²⁸ Ibid. Premiss 58-61.

pågående og avsluttede saker.²²⁹ Den andre avgrensningen som er begrunnet i at innsynsreglene er forskjellig utformet kan det også rettes kritikk mot. Førsteinstansretten synes å legge avgjørende vekt på hvordan de prosedyrespesifikke reglene er utformet, herunder om de gir anvisning på en avveining i de konkrete tilfeller.²³⁰ Dette argumentet står seg mot statsstøtte-saker som har veldig begrensede innsynsregler i pågående saker. Argumentet står seg ikke mot saker om foretakssammenslutninger som er underlagt samme innsynsregime som konkurransesaker, og som i to rettssaker for domstolen har kunnet gi grunnlag for en generell presumsjon mot offentliggjøring.²³¹ På bakgrunn av dette er det gode grunner for å tro at domstolen vil komme til et annet resultat enn Førsteinstansretten i ankeomgangen.

Den foreliggende rettstilstanden gir ikke grunnlag for å oppstille en generell presumsjon mot offentliggjøring i konkurransesaker. Det er grunn til å tro at anken i EnBW-saken vil komme med noen avklaringer og eventuelt endre rettstilstanden.

4.3.5 Oppsummering og vurderinger

Slik rettstilstanden er i skrivende stund, kan dette fremstilles skjematisk på følgende måte:

Tabell 2: Adgangen til å oppstille generelle presumsjoner

	Pågående sak	Avsluttet sak
Kartellsaker	Nei. <i>EnBW</i>	Nei. <i>EnBW</i>
Foretakssammenslutninger	Ja. <i>Odile Jacob og Agrofert</i>	Ja. <i>Odile Jacob og Agrofert</i>
Statsstøtte	Ja. <i>TGI</i>	Nei. <i>EnBW</i>

²²⁹ Se i sak C-404/10 Kommissjonen mot Odile Jacob premiss 124 og sak 477/10 Kommissjonen mot Agrofert, premiss 66.

²³⁰ Se sak T-344/08 EnBW mot Kommissjonen premiss 61.

²³¹ Kommisjonsnotatet om partsinnsyn gjelder også for saker om foretakssammenslutninger. Dette følger av dokumentets tittel som viser til EØS-avtalen artikkel 57, og den tilsvarende bestemmelse i EU forordning 139/2004 som gjelder saker om foretakssammenslutninger.

Plikten til å foreta en konkret vurdering hadde god forankring i rettspraksis frem til avgjørelsen i Turco-saken, hvor domstolen åpnet for at det kunne bygges på generelle presumsjoner. Senere rettspraksis har fulgt opp uttalelsen, og oppstilt slike generelle presumsjoner på flere områder. Den overordnede tabellen viser hvordan dette har utspilt seg på konkurranserettens område.²³² Konsekvensene ved å oppstille slike generelle presumsjoner kan ha stor betydning fordi det gir institusjonen adgang til å avslå innsynsbegjæringer under henvisning til presumsjonen, og dette vil kunne føre til mindre åpenhet rundt institusjonens arbeid. Fordi konsekvensene er betydelige er det merkverdig at selve etableringen av unntaket i Turco bygget på et så svakt rettskildemessig grunnlag. Dette forsterkes når plikten til å foreta en konkret vurdering til gjengjeld har et godt fundament i proporsjonalitetsprinsippet, og den overordnede målsettingen om åpenhet. Rettspraksis i tiden etter Turco har ikke drøftet grunnlaget for *hvorfor* det er adgang til å oppstille generelle presumsjoner, men har i stedet stilt spørsmålet om hvilke område-spesifikke regler som kan gi grunnlag for en slik presumsjon. Fra et juridisk ståsted fremstår dette som merkelig, men det kan være et uttrykk for at det var behov for et slikt unntak. Tabellen som er oppstilt ovenfor gir holdepunkter for at rettspraksis ikke er helt enige i hva som kan gi grunnlag for generelle presumsjoner. Personlig er jeg tilbøyelig for å knytte dette problemet direkte til at fundamentet og begrunnelsen for selve adgangen til å oppstille generelle presumsjoner er svak. Fordi begrunnelsen er svak, forplanter dette seg videre og vanskeliggjør vurderingen av hva som kan generere generelle presumsjoner.

Som nevnt kom Førsteinstansretten i EnBW-saken til et annet resultat enn i Agrofert- og Odile Jacob-saken. Dette kan forklares ved at Førsteinstansretten i EnBW-saken drøfter om de prosedyre-spesifikke reglene som sådanne kan gi grunnlag for en generell presumsjon. I Agrofert- og Odile Jacob-saken ser domstolen på én av de interessene som er vernet av de prosedyre-spesifikke reglene om innsyn, navnlig de kommersielle interessene til et foretak.

²³² Fra et annet rettsområde kan det vises til sak T-29/08 LPN mot Kommisjonen (anket, se sak C-514/11) hvor Førsteinstansretten oppstiller en generell presumsjon mot offentliggjøring i pågående traktatbruddssaker etter mønster fra TGI-saken.

Forklaringen er altså at det drøftes forskjellige mulige grunnlag for en generell presumsjon, og dette fører til forskjellig resultat. Dette illustrerer og bekrefter det som ble sagt i forrige avsnitt om den manglende begrunnelsen for hva som kan generere generelle presumsjoner.

Hva er det riktige resultatet? Skal adgangen til å bygge på generelle presumsjoner vurderes ut fra de prosedyre-spesifikke regler om innsyn, eller de interesser som reglene tar sikte på å beskytte? Hvis det første alternativet legges til grunn mener jeg at en slik presumsjon må få begrenset anvendelse til pågående saker i tråd med EnBW-saken. Dette er fordi det ikke er logisk eller naturlig å la disse reglene gi grunnlag for generelle presumsjoner når de selv ikke er gjeldende. Hvis det andre alternativet legges til grunn må den generelle presumsjonen modifiseres i så stor utstrekning at det ikke vil være noe igjen av presumsjonen. Dette er fordi konseptet om beskyttelse av kommersielle interesser til et foretak (spesielt forretningshemmeligheter) i seg selv gir anvisning på en konkret vurdering fordi ikke alle opplysninger om et foretak nødvendigvis er beskyttet.²³³ Det er ikke mulig å bygge en generell presumsjon på et slikt grunnlag.

Kommisjonens forslag i forbindelse med revisjon av innsynsforordningen kan løse problemet på en enkel måte. Det er fremmet forslag om at dokumenter knyttet til administrative saker (statsstøtte, kartell og foretakssammenslutninger) ikke skal være offentlige så lenge saken er pågående.²³⁴ Forslaget bygger således på en kombinasjon av de to forespeilte løsningene som ble presisert innledningsvis i dette avsnittet. I avsluttede administrative saker blir dermed Kommisjonen nødt til å foreta en konkret vurdering, og må vurdere selvstendig og konkret om de enkelte opplysninger på et dokument skal unntas offentlighet fordi det er forretningshemmeligheter. En slik løsning harmonerer godt med innsynsforordningen for øvrig da den beskytter pågående administrative prosesser, ikke griper inn i prosedyre-spesifikke regler om innsyn og samtidig ikke oppstiller dette vernet i

²³³ Se mer om dette i avsnitt 4.4.

²³⁴ Se COM (2008) 229 side 16, forslag til ny artikkel 2 nr. 6.

større utstrekning enn det er nødvendig. Dette synes å være en god avveining som tar hensyn til de ulike aspektene som her har skapt et spenningsforhold.

4.4 Beskyttelse av kommersielle interesser

4.4.1 Innledning

Den følgende fremstillingen skal redegjøre for unntaket til beskyttelse av «commercial interests» jfr. innsynsforordningen artikkel 4 nr. 2 første strekpunkt og innsynsreglene artikkel 4 nr. 4 tredje strekpunkt. Målet med fremstillingen er å kartlegge det nærmere innholdet i hva som ligger i formuleringen «commercial interest». Unntaket er hyppig påberopt av Kommisjonen, er særlig aktuelt i konkurransesaker og har vært gjenstand for tvist i flere saker.²³⁵ Det typiske anvendelsesområdet til unntaket er nettopp i konkurransesaker hvor kontrollorganet har beslaglagt dokumenter fra foretak og individer, som i sin næringsvirksomhet er mistenkt for overtredelse av konkurransereglene. Gjennom den EU/EØS-rettslige konkurranselovgivningen er kontrollorganene gitt omfattende myndighet til å samle inn (frivillig og ufrivillig) dokumenter som knytter seg til å bevise en eventuell overtredelse. Det ligger i dagen at dette potensielt kan være, fra foretakets side, markedssensitivt materiale. Når det begjæres innsyn i slike dokumenter må hensynet til offentlighet vurderes opp mot hensynet til å beskytte de kommersielle interesser til et foretak.

Det er særlig to spørsmål som gjør seg gjeldende ved tolkningen av unntaket. For det første er det et spørsmål om hvorledes unntaket forholder seg til taushetsplikten, og for det andre er det et spørsmål om hvilke interesser som er beskyttet av unntaket. Spørsmålene glir noe over i hverandre og er derfor søkt belyst under ett. Drøftelsen beviser først en eksistens av to vilkår som begge må vurderes og være oppfylt for at en interesse skal være dekket av unntaket. Dette skal belyses med to eksempler fra rettspraksis.

²³⁵ Se COM (2012) 429 side 4.

4.4.2 Vilkår om beskyttelsesverdig skade

Innsynsforordningen artikkel 4 nr. 2 første strekpunkt og innsynsreglene 2012 artikkel 4 nr. 4 første strekpunkt gir adgang til å nekte innsyn i dokumenter hvor offentliggjøring vil skade kommersielle interesser til en naturlig eller juridisk person. Tilsvarende unntak gjaldt også før innsynsforordningen, da med en litt annen ordlyd.²³⁶ Den någjeldende regel lyder:

«The institutions [Authority] shall refuse access to a document where disclosure would undermine the protection of... commercial interests of a natural or a legal person».

Ordlyden er vidt formulert. Rent språklig er en kommersiell interesse en interesse som knytter seg til forretningen. I forlengelsen av dette kan det argumenteres for at enhver interesse et foretak har i forbindelse med sin næringsvirksomhet rammes av unntaket. Innsynsforordningen gir ingen konkrete eksempler på hva som er å anse som «*commercial interests*». Rettspraksis har i stor utstrekning bidratt til å kartlegge det nærmere innholdet av unntaket. På bakgrunn av ordlyden i innsynsforordningen og rettspraksis kan det utledes to kumulative vilkår, som medfører at informasjon (nedfelt i et dokument) er dekket av unntaket. For det første må offentliggjøring medføre skade, «*undermine*», og for det andre må den potensielle skade være beskyttelsesverdig.

Vilkårene bygger dels på de vilkår som oppstilles av domstolen i Bank Austria-saken.²³⁷ Bank Austria var bøtelagt som følge av deltakelse i et kartellsamarbeid, og Kommisjonen ønsket å publisere en ikke-konfidensiell versjon av vedtaket. Bank Austria og øvrige kartelldeltakere hadde anket over botens størrelse, og ønsket ikke at denne skulle fremgå av det publiserte vedtaket. Vedtaket ble likevel publisert, og Bank Austria brakte saken til domstolen. Saken gjaldt ikke tolkningen av unntaket om kommersielle interesser i innsynsforordningen. Avgjørelsen inneholder likevel interessante uttalelser som er egnet til å belyse tolkningen av unntaket. Domstolen måtte ta stilling til hvilke opplysninger som

²³⁶ Se OJ 1993/L 46/58 Commission Decision av 8. februar 1994. Ordlyd: «commercial and industrial secrecy».

²³⁷ Sak T-198/03 Bank Austria mot Kommisjonen premiss 71.

var dekket av «*the obligation to professional secrecy*» (taushetsplikten) jfr. nåværende TEUV artikkel 339.²³⁸

Førsteinstansretten kom frem til at i den utstrekning informasjon er dekket av taushetsplikten, fordi det er tale om forretningshemmeligheter eller annen konfidensiell informasjon, kan informasjonen ikke offentliggjøres. Dette gjelder etter rettens uttalelser også når innsyn gis til offentligheten på andre rettsgrunnlag, for eksempel innsynsforordningen.²³⁹ Resultatet blir dermed at det er den samme vurderingen som skal foretas i tolkningen av «commercial interests» og taushetsplikten i TEUV artikkel 339. Dette medfører at det ikke er konflikt, men overensstemmelse mellom TEUV artikkel 339 og innsynsforordningen artikkel 4 nr. 2 første strekpunkt. Enten er informasjonen beskyttet av taushetsplikten og dermed ikke gjenstand for offentliggjøring, eller så er informasjonen ikke beskyttet av taushetsplikten og kan offentliggjøres.

Det sentrale vurderingstemaet er dermed hvilke interesser som er beskyttet av taushetsplikten. I tolkningen av hvilke interesser som var beskyttet på grunnlag av TEUV artikkel 339 fremsatte Førsteinstansretten tre vilkår.

«In order that information be of the kind to fall within the ambit of the obligation of professional secrecy, it is necessary, first of all, that it be known only to a limited number of persons. It must then be information whose disclosure is liable to cause serious harm to the person who has provided it or to third parties. Finally, the interests liable to be harmed by disclosure must, objectively, be worthy of protection. The assessment as to the confidentiality of a piece of information thus requires the legitimate interests opposing disclosure of the information to be weighed against the public interest that the activities of the Community institutions take place as openly as possible».²⁴⁰

Det første vilkåret er at informasjonen er kjent av et begrenset antall personer. Videre må offentliggjøring medføre skade for vedkommende som har fremsatt informasjonen, eller på tredjeparter. Til sist må den potensielle skade være beskyttelsesverdig. I tilknytning til tolkningen av unntaket om kommersielle interesser, er det første vilkåret uten selvstendig

²³⁸ Tilsvarende bestemmelser i EØS-avtalen artikkel 122 jfr. ODA artikkel 14 fjerde punktum.

²³⁹ Sak T-198/03 Bank Austria mot Kommisjonen premiss 29 og 72-74.

²⁴⁰ Ibid. Premiss 71.

betydning. Hvis informasjonen er kjent, vil det neppe i det hele tatt være tale om en tvist eller innsynsbegjæring og dette vilkåret elimineres for den videre drøftelse. Det er derfor de to siste vilkårene som er interessante.

Vilkår nummer to om skade har støtte i ordlyden til innsynsforordningen artikkel 4 nr. 2 hvor det kreves at offentliggjøring kan «undermine» den beskyttede interesse. Den danske oversettelsen bruker ordet «skade». Både i Bank Austria-saken og i Kommisjonsnotatet synes det å bli oppstilt et krav til «serious harm» jfr. ovenfor. Dette gjelder riktignok i vurderingen av hva som er dekket av taushetsplikten, men som nevnt ovenfor skal dette tolkes på samme måte som unntaket om kommersielle interesser. Rettspraksis har ikke hatt anledning til å vurdere dette men å stille krav til at skaden skal være kvalifisert vil være i samsvar med at unntaket skal tolkes snevert, og bidra til å fremme formålet om «widest possible access». Vilåret om skade kan derfor trolig sies å inneholde et krav til kvalifisert skade, «serious harm».

Etterfølgende rettspraksis under innsynsforordningen anvender de to sistnevnte vilkår for å vurdere om informasjonen er beskyttet av unntaket om kommersielle interesser. Merk at nyere rettspraksis ikke viser til Bank Austria-saken. Dette er trolig fordi uttalelsene i Bank Austria ikke var direkte knyttet til innsynsforordningen, men vurderingen av taushetsplikt. Eksempler på informasjon, nedtegnet i dokumenter, som typisk vil kunne tenkes å omfattes av unntaket er:

«... teknisk og/eller økonomisk informasjon i forbindelse med et foretaks fagkunnskap, kostnadskalkyler, produksjonshemmeligheter og prosesser, forsyningskilder, produserte og solgte kvantiteter, markedsandeler, kunde- og forhandlerlister, markedsføringsplaner, kostnads- og prisstruktur samt salgsstrategi.²⁴¹

Listen er ikke uttømmende. Dette medfører at også annen type informasjon knyttet til et foretak kan tenkes beskyttet av taushetsplikt. Dette må vurderes konkret i hvert enkelt

²⁴¹ Kommisjonsnotatet punkt 18 og 19, se også CDC Hydrogen-saken premiss 45.

tilfelle, og det avgjørende vil være om offentliggjøring vil skade en beskyttelsesverdig interesse tilhørende et foretak eller et individ.

(i) Eksempel 1: CDC Hydrogen-saken

CDC Hydrogen-saken er et godt eksempel fordi domstolen i saken vurderer begge vilkårene som er oppstilt ovenfor.²⁴² Domstolen vurderer både om offentliggjøring kunne medføre skade, og om denne skaden var beskyttelsesverdig. CDC (Cartel Damage Claims) var et begrenset selskap opprettet med formål å ivareta interesser til foretak som var rammet av et kartellsamarbeid, som var bøtelagt av Kommisjonen. CDC begjærte innsyn på grunnlag av innsynsforordningen i «statement of contents»²⁴³ knyttet til saksmappen i kartellet.

Kartellet var bøtelagt på bakgrunn av Kommisjonens Leniency Program.²⁴⁴ Programmet gjør det mulig for en kartelldeltaker å få bøtenedsettelse til gjengjeld for informasjon og dokumentasjon om kartellet. Formålet med programmet er å gi kartelldeltakere et insentiv til å melde fra om karteller slik at Kommisjonen kan bringe dette til opphør. Kommisjonen anførte at en offentliggjøring ville gjøre at det foretaket som hadde søkt om lemping, ville bli mer utsatt enn øvrige kartelldeltakere for private erstatningssøksmål, hvilket vil redusere insentivet for å søke om lemping, og dermed underminere hele programmet.

Til tross for at offentliggjøring ville kunne muliggjøre videre innsynsbegjæringer i de dokumenter som var nevnt i innholdsfortegnelsen til saksmappen, ville ikke offentliggjøringen av innholdsfortegnelsen i seg selv medføre skade jfr. premiss 48. Vilåret om skade var ikke oppfylt. Uansett mente domstolen at den potensielt skadede interesse ikke var beskyttelsesverdig jfr. premiss 49. Den interesse et selskap har i å unngå erstatningssøksmål som følge av brudd på konkurranseretten, er ikke beskyttelsesverdig.

²⁴² Sak T-437/08 CDC Hydrogen mot Kommisjonen.

²⁴³ En slags innholdsfortegnelse over dokumenter i saksmappen. Ibid. premiss 45

²⁴⁴ Se Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases. Publisert I OJ 2006/C 298/11.

Tvert i mot har foretak eller individer i slike tilfeller krav på erstatning jfr. Courage og Crehan-saken jfr. Manfredi-saken.²⁴⁵ Vilkåret om beskyttelsesverdig skade var heller ikke oppfylt.²⁴⁶

(ii) Eksempel 2: EnBW-saken

Det andre eksempelet er EnBW-saken hvor det ble gitt interessante uttalelser om hvilken betydning tidsmomentet har i vurderingen av det første vilkåret om skade.²⁴⁷ Sakens bakgrunn var at Energie Baden-Württemberg AG (EnBW) mente å være skadelidende som følge av et kartellsamarbeid som Kommisjonen hadde bøtelagt for å være stridende mot TEUV artikkel 101 (EØS artikkel 53). Kartellsamarbeidet begynte 15. april 1988 og ble brakt til opphør 11. mai 2004. EnBW fikk avslag på sin innsynsbegjæring i Kommisjonens saksmappe vedrørende dette kartellet 16. juni 2008. Avslaget ble brakt inn til retten for overprøving.

Førsteinstansretten drøfter først om de omtvistede dokumentene kunne unntas offentlighet på grunnlag av unntaket om «commercial interests».²⁴⁸ Førsteinstansrettens viser til Kommisjonsnotatet punkt 23 som angir at opplysninger mister sin kommersielle betydning etter hvert som tiden går. Det oppstilles en presumsjon for at etter fem år vil opplysninger ikke lenger være fortrolige. Kommisjonsnotatet omhandler partsinnsyn i kartellsaker, og punkt 23 reguler hvilke opplysninger som er fortrolige på grunnlag av taushetsplikt (nærmere definert i punkt 17-19). Førsteinstansretten knytter dette opp mot kommersielle interesser under innsynsforordningen ved å vise til at Kommisjonen tolker konseptet om

²⁴⁵ Sak C-453/99 Courage og Crehan mot Kommisjonen og forende saker C-295/04 og C-298/04 Manfredi m.fl.

²⁴⁶ For øvrig gir dommen uttrykk for slike «statement of contents» etter omstendighetene kan skade kommersielle interesser til et foretak jfr. premiss 45. Dette er betinget av dokumentet inneholder “business relations of the companies concerned, the prices of their products, their cost structure, market share or similar information...”. Her gir domstolen konkrete eksempler på typer av informasjon som kan utgjøre “commercial interests”.

²⁴⁷ Sak T-344/08 EnBW mot Kommisjonen.

²⁴⁸ Ibid. Premissene 131-149.

taushetsplikt (konfidensialitet) og kommersielle interesser på samme måte.²⁴⁹ Førsteinstansretten presiserer at Kommisjonen selvfølgelig ikke kan binde domstolen til en viss tolkning gjennom Kommisjonsnotatet, men aksepterer og legger til grunn at når informasjon har eksistert over en periode av tid, vil sjansen øke for at de kommersielle interessene av berørte foretak ikke lenger vil bli påvirket eller skadet av en offentliggjøring.²⁵⁰

Kommisjonsnotatet på sin side opererer med en presumsjon på fem år jfr. ovenfor. Førsteinstansretten ville ikke knytte tidsmomentet til et konkret antall år jfr. premiss 142. Dette medfører at det må vurderes konkret fra sak til sak og i tilknytning til hvert enkelt foretak hvorvidt informasjonen vil kunne skade kommersielle interesser. På grunnlag av domstolens konkrete anvendelse av tidsmomentet i skadevurderingen, er det grunn til å tro at domstolen vil stille strengere krav til påberopelsen av unntaket, jo lengre tid som har passert. Se for eksempel avslutningsvis i premiss 142 hvor Førsteinstansretten stiller krav om at fordi det har passert en viss tid, måtte Kommisjonen foreta en konkret og individuell vurdering, og kunne *ikke* basere seg på en generell presumsjon.

Analysen har vist hvorledes Førsteinstansretten i saken fremholdt tidsmomentet som relevant i vurderingen av om offentliggjøring medfører skade og dermed er beskyttet av unntaket til beskyttelse av kommersielle interesser. Det er altså relevant hvor lenge informasjon har eksistert, uten at domstolen fastsatte noen konkret femårsregel slik som fremgår av Kommisjonsnotatet. Siden vilkåret om skade ikke var oppfylt, nevnes det andre vilkåret ved å gjenta det som ble sagt i CDC Hydrogen-saken jfr. ovenfor om dette.

EnBW-saken er anket og er dermed ikke rettskraftig.²⁵¹ Når det gjelder vilkårene om skade og at denne må være beskyttelsesverdig, følger dette av tidligere rettspraksis og det er ikke grunn til å tro at domstolen i ankeomgangen vil endre disse vilkårene. Det nye i EnBW-

²⁴⁹ Dette følger også av Bank Austria-saken som er omtalt ovenfor.

²⁵⁰ Se også oppsummering i premiss 147.

²⁵¹ Sak C-365/12 Kommisjonen mot EnBW.

saken er Førsteinstansrettens vurdering av tidsmomentet betydning for om informasjon kan anses dekket av unntaket til beskyttelse av kommersielle interesser. Personlig kan jeg ikke se hvorfor domstolen vil endre relevansen av tidsmomentet, da dette har gode grunner for seg. Det ligger i sakens natur at markedet er i stadig endring og utvikling, og informasjon fort blir utdaterte. Samtidig er det klart at dette ikke kan legges til grunn for alle opplysninger om et foretak, slik at det bør være rom for at unntaket får anvendelse, selv om det er medgått tid. Nettopp på grunn av dette mener jeg at Førsteinstansretten har truffet en god balanse ved å kreve en konkret vurdering desto lengre tid som har passert.

4.4.3 Nærmere om «beskyttelsesverdig»

En setning som ofte fremsettes i rettspraksis i tilknytning til vilkåret om beskyttelsesverdig skade er:

«The interest of a company that abused its dominant position on the market to avoid private actions for damages cannot be regarded as a commercial interest. In any event, it does not constitute a legitimate interest deserving of protection. In this respect, regard must be had to the fact that any individual has the right to claim damages for loss caused to him by conduct which is liable to restrict or distort competition...»²⁵²

Interessen til et selskap som er dømt for brudd på konkurransereglene i å unngå erstatningskrav er ikke en legitim interesse, tvert i mot har foretak og individer rett til erstatning fra selskapet i en slik situasjon. Rent umiddelbart lyder dette plausibelt, men etter min mening må uttalelsen være gjenstand for en nyansering.

Det er på det rene at et foretaks interesse i å beskytte sine kommersielle interesser er en legitim og beskyttet interesse jfr. innsynsforordningen artikkel 4 nr. 2 første strekpunkt. Videre er det klart at et foretaks interesse i å unngå erstatningssøksmål som følge av brudd på konkurransereglene *ikke* er en legitim interesse. Nyanseringen er som følger: et foretaks interesse i å beskytte kommersielle interesser er legitim, *også* i forbindelse med en

²⁵² Sitert fra sak E-14/11 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan premiss 189, se også sak C-437/08 CDC Hydrogen mot Kommisjonen premiss 49.

erstatningssak fremfor nasjonale domstoler. Dette er fordi det i følge ordlyden i innsynsreglene er de kommersielle interessene som sådanne som er beskyttet – uavhengig av i hvilket forum dokumentene skal brukes eller ikke brukes.

Innsynsbegjæringer skal ikke begrunnes.²⁵³ Dette medfører at ved behandlingen av en innsynsbegjæring vil det bero på tilfeldigheter om vedkommende myndighet er klar over hva søkeren ønsker å bruke dokumentene til, og dermed et foretaks eventuelle interesse i å unngå søksmål. Det vil altså normalt ikke være praktisk mulig å avgjøre tolkningen på det slikt grunnlag. Rettspraksis har gjennomgående også vært avvisende til en slik fremgangsmåte.²⁵⁴ Dette viser at bruken av dokumentene ikke skal tillegges betydning.

Den praktiske virkningen av dette er at det i perioden null til fem år etter at dokumentene er opprettet, ikke vil være mulig å skille foretakets interesse i å beskytte kommersielle interesser i en erstatningssak fra interessen i å unngå erstatningssøksmålet. Etter fem års fristen kan det presumeres at foretakets interesse ligger i å unngå erstatningssøksmålet, og denne interessen er ikke beskyttet.

Schenker-saken kan tjene som et eksempel. Det hadde passert mer enn seks år siden inspeksjonen hvor de omtvistede dokumentene ble beslaglagt. Posten AS kunne derfor ikke høres med anførselen om at de ønsket å beskytte egne kommersielle verdier. Det hadde passert mer enn fem år, og presumsjonen er da at dokumentene ikke inneholder informasjon som skader foretakets kommersielle interesser. Postens interesse var dermed i å unngå erstatningssøksmål, en interesse som følgelig ikke er beskyttet under innsynsreglene.²⁵⁵

²⁵³ Innsynsforordningen artikkel 6 nr. 1 if, ESAs regler artikkel 6 nr. 1 if.

²⁵⁴ Se for eksempel sak C-266/05 Sison mot Rådet premiss 50 -52.

²⁵⁵ Sak E-14/11 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan premiss 188-193.

Når det skal vurderes om den skaden offentliggjøring vil medføre, må vurderingen knytte seg til interessens skadeliggjøring av de kommersielle interessene. Denne vurderingen kan ikke knyttes til hva dokumentene skal brukes til.

4.4.4 Oppsummering

På bakgrunn av det foreliggende rettskildematerialet er det mulig å konkretisere unntaket om beskyttelse av kommersielle interesser dithen at innsyn kan nektes hvis offentliggjøring vil kunne medføre betydelig skade på et foretaks kommersielle interesser og den potensielt skadede interesse er beskyttelsesverdig. Vurdering av om vilkårene er oppfylt må knytte seg til interessen som sådanne, og ikke til bruken av informasjonen.

Fremstillingen har vist at det *ikke* er noen konflikt mellom reglene om taushetsplikt og unntaket til beskyttelse av kommersielle interesser. Rettspraksis har i sin tolkning av unntaket til beskyttelse av kommersielle interesser tolket dette unntaket til å omfatte de samme opplysninger som er vernet av taushetsplikten. Dette er et konkret eksempel på et område hvor innsynsreglene potensielt «kolliderer» med konkurranserettens regler, men hvor rettspraksis i sin tolkning har klart å avverge en kollisjon. Det faktiske resultatet innebærer at konkurranserettens regler om taushetsplikt og vern av konfidensiell informasjon er avgjørende i tolkningen av innsynsforordningens unntak, hvilket gir grunnlag for å si at konkurranseretten her er en form for *lex specialis*.

4.5 Overveiende offentlig interesse i offentliggjøring

4.5.1 Innledning

Selv om Kommisjonen eller ESA kommer frem til at informasjonen på et dokument er dekket av et unntak, skal det likevel undersøkes om det foreligger en «overriding public interest in disclosure», en overveiende offentlig interesse i offentliggjøring. Fremstillingen her skal søke å utdype og konkretisere det nærmere innholdet av denne vurderingen, som

knytter seg til de relative unntakene i innsynsforordningen.²⁵⁶ Dette er innsynsforordningen artikkel 4 nr. 2 og nr. 3 samt tilsvarende i innsynsreglene 2012 artikkel 4 nr. 3, nr.4, nr. 5, nr. 6, nr. 7.²⁵⁷

Vurderingen om en overveiende allmenn interesse i offentliggjøring ble innført med innsynsforordningen. Dette medfører at det kun er rettspraksis *etter* vedtakelsen av forordningen som potensielt behandler vurderingen, og kan være relevant. Fordi rettspraksis ofte opphever innsynsvedtak på grunn av prosessuelle og materielle feil i anvendelsen av selve unntakene, har det sjeldent vært anledning for domstolen å uttale seg om denne vurderingen. I de få sakene som berører vurderingen synes det å være to spørsmål som er aktuelle. Det første spørsmålet er av materiell karakter og dreier seg om hvilke interesser som er «public». Det andre spørsmålet er av prosessuell karakter og handler om hvem som har bevisbyrden eller argumentasjonsbyrden for at det foreligger en slik overveiende allmenn interesse i offentliggjøring. Den videre drøftelsen følger denne inndelingen.

4.5.2 Hvilke interesser er «public»?

Ordlyden stiller krav om at interessen skal være «public». Det gis ingen nærmere anvisning på hva som kan utgjøre en «public interest». Det engelske ordet «public» kan bety offentlig eller allmenn. Den danske versjonen av innsynsreglene bruker ordlyden «offentlig» og siden dansk er et offisielt språk i EU anvendes offentlig i den videre fremstillingen. En naturlig språklig forståelse av begrepet er at det er en interesse som tilkommer det offentlige. I det minste er det tale om en interesse som tilkommer flere enn én person, altså til en større krets av individer. Etter ordlyden kan det slutes at en offentlig interesse skal tilkomme en større krets av personer.

²⁵⁶ Se også ovenfor i avsnitt 2.3 om skillet mellom relative og absolutte unntak.

²⁵⁷ ESAs «særegne» unntak er også underlagt denne vurderingen. ESAs særegne unntak er de unntak som ikke er i innsynsforordningen.

Rettspraksis synes å kunne konkretisere innholdet i «public interest» i to henseender. For det første må det avgrenses mot de rent personlige interesser, og for det andre kan en «public interest» være lik de som ligger til grunn for innsynsforordningen.

(i) En offentlig interesse er ikke en privat interesse

Grunnlaget for avgrensningen mot private interesser er innsynsforordningens formål. Innsynsforordningen har til formål å gi innsyn i dokumenter for *offentligheten* fordi dette sikrer åpenhet og gjennomsiktighet i EU-institusjonenes arbeid. Dette skal bidra til legitimitet, deltakelse, ansvarliggjøring og effektivitet. Innsynsforordningen har ikke til formål å sikre innsyn av personlige eller private grunner. Dette har gitt seg utslag i reglene blant annet ved at innsynsbegjæringer ikke skal begrunnes, og at innsyn gis erga omnes.²⁵⁸ Innsynsforordningen legger opp til at personlige interesser ikke skal være relevante i vurderingen av om innsyn skal gis eller ikke. Rettspraksis har tolket dette som at et individs personlige interesse i et konkret dokument ikke faller inn under innsynsforordningens formål, og er ikke relevant for vurdering av innsyn under innsynsforordningen. Et eksempel er Franchet og Byk-saken.²⁵⁹ Førsteinstansretten viste til innsynsforordningens formål og uttalte deretter at «*Consequently, the particular interest which may be asserted by a requesting party in obtaining access to a document concerning him personally cannot be taken into account*».²⁶⁰

Avgrensningen mot private interesser får særlig aktualitet i de tilfeller det begjæres innsyn i dokumenter til bruk for erstatningssøksmål i nasjonal rett for brudd på konkurransereglene (privat håndhevelse av konkurranseretten). Kommisjonen og ESA sitter da på bevismateriale av betydelig verdi, som vedkommende institusjoner har beslaglagt eller mottatt i forbindelse med etterforskningen. Vedkommende som begjærer innsyn har en

²⁵⁸ Innsynsforordningen artikkel 6 nr. 1 og innsynsreglene 2012 artikkel 6 nr. 1.

²⁵⁹ Forende saker T-391/03 og T-70/04 Franchet og Byk mot Kommisjonen premiss 135-140.

²⁶⁰ Ibid. Premiss 137. Se også sak C-266/05 Sison mot rådet premiss 47-52.

sterk (personlig og økonomisk) interesse av dokumentene, som ikke nødvendigvis kan tas i betraktning som følge av denne avgrensningen.²⁶¹

(ii) En offentlig interesse kan være lik de formål som ligger til grunn for forordningen. Presiseringen om at en offentlig interesse kan være lik de formål som ligger til grunn for innsynsforordningen ble fastslått i Turco-saken, og er fulgt opp i senere rettspraksis.²⁶² Skillet mellom når institusjonene opptrer i kapasitet som lovgiver eller i administrative saker, har betydning for *vektingen* av de offentlige interesser i vurderingen, men rettspraksis synes å mene at de offentlige interesser som ligger til grunn for innsynsforordningen er *relevant* uansett.

I Turco-saken kom Førsteinstansretten til at i vurderingen av om det forelå overveiende offentlige interesser for offentliggjøring *måtte* disse være forskjellige fra de formål og hensyn som ligger til grunn for forordningen. Hvis det skulle argumenteres for de offentlige interesser som ligger til grunn for forordningen, måtte disse gjøre seg gjeldende på en presserende måte i den konkrete saken.²⁶³ I ankeomgangen ble dette satt til side av EU-domstolen som mente at det nettopp i lovgivningsmessige saker var særskilt viktig med åpenhet og offentlig, og at en offentlig interesse kan være lik til formål som ligger til grunn for forordningen. Det ville altså være feil å oppstille en hovedregel om at den offentlige interesse *måtte* være forskjellig. Det er ikke mulig å forstå hvorfor domstolen kom til dette resultatet uten å lese uttalelsen til Generaladvokaten i saken.²⁶⁴ Under henvisning til juridisk litteratur, fremholdt Generaladvokaten at hvis offentlige interesser skulle

²⁶¹ Se mer nedenfor i avsnitt 4.5.4.

²⁶² Se forenede saker C-39/05 og C-52/05 Sverige og Turco mot Rådet premiss 67 og forenede saker C-514/07, C-528/07 og C-532/07 Sverige mot API og Kommisjonen premiss 152-158.

²⁶³ Førsteinstansrettens uttalelse er gjengitt i forenede saker C-39/05 og C-52/05 Sverige og Turco mot Rådet premiss 20.

²⁶⁴ Her anvendes uttalelsen som en kilde til forståelse, uten at den nødvendigvis tillegges rettskildemessig verdi. Se for eksempel EØS-rett (2011) side 135.

underkastes Førsteinstansrettens tolkning, ville dette medføre at vurderingen aldri ville føre frem og kunne medføre offentliggjøring.²⁶⁵

Som det er fremhevet i juridisk teori er Turco-saken og dens argumentasjon særlig knyttet til at dokumentene gjaldt Rådets opptreden i en lovgivningssak.²⁶⁶ Det er ikke gitt at tilsvarende betraktninger gjør seg gjeldende i Kommisjonens behandling i administrative saker, herunder konkurransesaker. Illustrert ved API-saken viser rettspraksis antydning til at i administrative saker bør det vurderes offentlige interesser som er forskjellige fra de som ligger til grunn for innsynsforordningen, samtidig som det er tillatt (men vanskelig) å argumentere med de interesser som ligger til grunn for forordningen.

I API-saken fremgår det av en sammensatt lesing av domspremissene at det er tillatt å ta i betraktning både offentlige hensyn som ligger til grunn for forordningen, og øvrige offentlige hensyn, i vurderingen av om det foreligger en overveiende offentlig interesse. Domstolen fremholder først at Førsteinstansretten ikke hadde gjort feil ved å vise til at en offentlig interesse normalt skal være forskjellig fra de som ligger til grunn for forordningen, men at disse i så fall må gjøre seg gjeldende på særskilt måte i den konkrete saken for å kunne begrunne innsyn.²⁶⁷ Uttalelsen kan dermed tas til inntekt for at de hensyn som ligger til grunn for forordningen er relevant, men at de må være særskilt vektige for å kunne veie tyngre enn de beskyttede interesser i en konkret sak.

Rettstilstanden er altså at det i vurderingen av om det foreligger en overveiende offentlig interesse kan anføres de hensyn og formål som ligger til grunn for forordningen, men også øvrige offentlige interesser kan tas i betraktning. I den konkrete vektingen av offentlige interesser vil de hensyn som ligger til grunn for forordningen veie tungt hvis det begjæres innsyn i dokumenter som knytter seg til EU-institusjonens opptreden som lovgiver, mens

²⁶⁵ Se nærmere i Kranenborg (2006) side 258-262. Kranenborg mener at hvis det *kun* skulle være adgang til å påberope seg offentlige interesser, som ikke ligger til grunn for forordningen, ville dette være så spesielle saker at offentliggjøring ville finne sted på eget initiativ.

²⁶⁶ Se Driessen (2012) side 67.

²⁶⁷ Premiss 152 og 157.

de samme hensyn ikke vil veie tilsvarende tungt i administrative saker. I administrative saker får vurderingen et svært snevert anvendelsesområde, nesten på grensen til ikke eksisterende. For det første gjør ikke vil ikke de offentlige interesser som ligger til grunn for forordningen veie særlig tungt jfr. rettspraksis som stiller krav om at disse må gjøre seg gjeldende på særskilt måte. For det andre vil de saker hvor offentlige interesser som ligger utenfor forordningen er aktuelle være så spesielle at offentliggjøring da trolig vil skje på eget initiativ.²⁶⁸ Etter dette er det vanskelig å se hva som gjenstår av vurderingen av en overveiende offentlig interesse i offentliggjøring i administrative saker.

4.5.3 Hvem har bevisbyrden?

Med bevisbyrde i det følgende menes det hvem som skal påberope seg og argumentere for en overveiende offentlig interesse. Er dette noe institusjonen skal vurdere på eget tiltak (ex officio) eller må dette påberopes konkret av vedkommende som begjærer innsyn?

En logisk konsekvens av at innsynsbegjæringer ikke skal begrunnes, kunne lede en til å tro at det er institusjonens oppgave å foreta denne vurderingen. Dette kan sies å være et utgangspunkt, som gjennom rettspraksis er underkastet enkelte modifikasjoner.

Juridisk teori har antatt at rettspraksis har oppstilt et skille mellom administrative og lovgivningssaker.²⁶⁹ I sistnevnte tilfeller foreligger det en generell presumsjon for offentliggjøring, i den forstand at innsyn skal gis, og dermed er det institusjonen som har bevisbyrden i slike saker.²⁷⁰ Institusjonen må da på eget initiativ foreta en vurdering av hvilke offentlige interesser som gjør seg gjeldende.²⁷¹ I pågående administrative saker er det en generell presumsjon mot offentliggjøring, i den betydning at innsyn ikke skal gis, og

²⁶⁸ Jfr. Kranenborg (2006) side 258-262.

²⁶⁹ Se Driessen (2012) side 68 som skiller mellom lovgivningsprosedyrer og *pågående* administrative prosedyrer.

²⁷⁰ Forenede saker C-39/05 og C-52/05 Sverige og Turco mot Rådet premiss 44-46 og 67.

²⁷¹ Ibid. Premiss 50 in fine.

dermed er det vedkommende som begjærer innsyn som har bevisbyrden.²⁷² På bakgrunn av argumentasjonen i de sakene hvor denne inndelingen er benyttet ser det ut til at rettspraksis knytter en direkte linje mellom en eventuelt eksisterende generell presumsjon (som kan tale for eller mot offentlighet) og bevisbyrden. Hvis det kan påvises en generell presumsjon synes denne å være bestemmende for hvem som har bevisbyrden. Men, som den tidligere fremstillingen har vist, er det ikke i alle pågående administrative saker hvor det kan oppstilles en generell presumsjon.²⁷³ Dette medfører at det ikke kan oppstilles kun to kategorier, navnlig administrative og lovgivningsmessige saker. Bevisbyrden må som tidligere påpekt knyttes til eksistensen eller fraværet av en generell presumsjon.

Konklusjonen blir dermed at bevisbyrden ligger hos institusjonen, med mindre det på det konkrete rettsområde oppstilles en generell presumsjon mot offentliggjøring. I de tilfeller ligger bevisbyrden på vedkommende som begjærer innsyn. I konkurransesaker er det ingen generell presumsjon mot offentliggjøring, verken i pågående eller avsluttede saker. Dette medfører at bevisbyrden i konkurransesaker påhviler Kommisjonen eller ESA.²⁷⁴

4.5.4 Forholdet til privat håndhevelse av konkurransereglene

Spørsmålet er om hensynet til privat håndhevelse av konkurransereglene kan være en offentlig interesse. Privat håndhevelse av konkurransereglene i form av erstatningssøksmål i nasjonal rett har de siste årene fått økt aktualitet både i EU og i Norge. Dette kommer tydelig frem i det pågående revisjonsarbeidet som blant annet søker å lette adgangen til å fremme slik søksmål.²⁷⁵ Tilknytningen mellom privat håndhevelse og innsynsreglene er synlige i rettspraksis. Flere av de viktige sakene under innsynsforordningen de siste årene

²⁷² Sak C-139/07 Kommisjonen mot TGI premiss 61 og 62

²⁷³ Se oversikt i tabell i kapittel 4.3.5.

²⁷⁴ Se ovenfor i avsnitt 4.3.5 om dette. Det er grunn til å tro at rettsstilstanden vil kunne endre seg slik at det hvertfall er grunnlag for en generell presumsjon i pågående konkurransesaker. Dette vil medføre at bevisbyrden i slike tilfeller vil være hos vedkommende som begjærer innsyn.

²⁷⁵ I EU: COM (2005) 672 og COM (2008) 165. I norsk rett: NOU 2012:7 side 174 jfr. Prop. 75 L (2012-2013). Se også i E-14/11 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan premiss 132 om at det bør oppfordres til slike søksmål da det kan bidra til å opprettholde en effektiv konkurranse i EØS.

har vært innsyn i dokumenter i konkurransesaker til bruk i erstatningssøksmål i nasjonal rett.²⁷⁶ Sagt med andre ord fremmes det innsynsbegjæring for å fremskaffe bevismateriale. Her er det viktig å peke på at konkurranserettens også håndheves på nasjonalt nivå, slik at det kan være aktuelt å fremme innsynsbegjæring til nasjonal konkurransemyndighet på grunnlag av nasjonal regler om innsyn.²⁷⁷

De mangfoldige sakene i rettspraksis har vist at innsynsforordningen har en faktisk funksjon når det gjelder privat håndhevelse. Spørsmålet her er i hvilken utstrekning instituttet om privat håndhevelse av konkurranseretten har betydning i tolkningen av vurderingen av om det foreligger en overveiende offentlig interesse i offentliggjøring. Analysen skal ta utgangspunkt i Schenker-saken, og vurderer denne opp mot rettspraksis i EU.

I Schenker-saken var det begjært innsyn i saksmappen knyttet til ESAs etterforskning av Posten Norge AS som var bøtelagt for brudd på EØS-avtalen artikkel 54.²⁷⁸ Det var uomtvistet at dokumentene skulle brukes til støtte for søksmålet i Norge. EFTA-domstolen kom frem til at privat håndhevelse av konkurransereglene i form av erstatningssøksmål i nasjonal rett både er en privat og offentlig interesse, som ESA skulle ha vurdert i tilknytning til innsynsbegjæringen da de vurderte om det forelå en overveiende offentlig interesse i offentliggjøring.²⁷⁹ Det er grunn til å se nærmere på hvorledes argumentasjonen i saken er bygget opp.

“However, specific policy considerations arise in requests for access to documents as part of follow-on damages cases brought before national courts concerning Articles 53 and 54 EEA. The private enforcement of

²⁷⁶ Se for eksempel; sak T-2/03 VKI mot Kommisjonen, sak C-139/07 Kommisjonen mot TGI (statsstøtte), sak T-437/08 CDC Hydrogene mot Kommisjonen, sak T-344/08 EnBW AG mot Kommisjonen.

²⁷⁷ Her ligger det en potensiell konflikt fordi nasjonale regler som gir eller ikke gir innsyn må være i tråd med konkurranseretten. Se den meget omtalte rådgivende uttalelse i sak C-360/09 Pfleiderer mot Bundeskartellamt. Domstolen kom til at det var opp til nasjonal domstol å vurdere fra sak til sak om innsyn skal gis, men at konkurranserettens regler uansett måtte ivaretas.

²⁷⁸ ESAs vedtak ble opprettholdt av EFTA-domstolen i sak E-15/10 Posten Norge mot EFTAs Overvåkningsorgan, men boten ble redusert.

²⁷⁹ Sak E.14/11 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan premiss 132 og 241.

these provisions ought to be encouraged, as it can make a significant contribution to the maintenance of effective competition in the EEA (see, with regard to the parallel rules in EU law, Case C-453/99 *Courage and Crehan* [2001] ECR I-6297 paragraphs 26 to 28). ESA's and the Commission's view that follow-on damages claims in competition law cases only serve the purpose of defending the plaintiff's private interests cannot be maintained. *While pursuing his private interest, a plaintiff in such proceedings contributes at the same time to the protection of the public interest.* This thereby also benefits consumers".²⁸⁰

It is also settled case law that any individual has the right to claim damages for a loss caused to him by conduct which is liable to restrict or distort competition (see paragraph 190 above and case law cited). *The private enforcement of competition law may constitute an overriding public interest and should be encouraged, since it can make a significant contribution to the maintenance of effective competition in the EEA* (see paragraph 132 above).²⁸¹

De siterte premissene gjelder EFTA-domstolens tolkning av «public interest». ESAs vedtak annulleres fordi ESA har tolket "public interest" galt. EFTA-domstolens argumentasjon er at privat håndhevelse kan bidra til å opprettholde den effektive konkurransen i EØS, og på den måte vil et privat erstatningssøksmål ikke bare ivareta rent personlige interesser men må også kunne sies å beskytte offentlige interesser.

Det kan spørres om EFTA-domstolens resonnement er i overensstemmelse med rettstilstanden i EU. EU-domstolen har ikke behandlet en sak hvor tilsvarende problemstilling er drøftet og svaret beror derfor på domstolens øvrige presiseringer av «public interest». Rettspraksis fra EU har vist at interessen ikke kan være privat, og den kan være lik de formål som ligger til grunn for innsynsforordningen. Det er kun den første avgrensningen som får betydning her, da det er på det rene at privat håndhevelse ikke er et av de formål som ligger til grunn for innsynsforordningen.

Det er ingen rettspraksis tar direkte stilling til spørsmålet om privat håndhevelse kan utgjøre en offentlig interesse. Likevel er det to avgjørelser som kan tjene til å belyse problemstillingen. I *Franchet og Byk*-saken synes Førsteinstansretten å avfeie den argumentasjonskonstruksjonen EFTA-domstolen anvendte i *Schenker*-saken.²⁸² Sakens bakgrunn var en etterforskning av to tidligere ansatte i Eurostat på grunn av

²⁸⁰ Ibid. Premiss 132. Min utheving.

²⁸¹ Ibid. Premiss 240. Min utheving.

²⁸² Forenede saker T-391/03 og T-70/04 *Franchet og Byk* mot Kommisjonen premiss 135-140.

uregelmessigheter knyttet til deres finansielle styring av institusjonen. Vedkommende søkte innsyn i brevveksling tilknyttet etterforskningen og påberopte seg «the right to a fair trial». Førsteinstansretten fremholdt:

«The general interest which the applicants claim is the right to a fair hearing. It is certainly true that the right to a fair hearing is in itself a general interest. However, the fact that this right is manifested in the present case by the applicants' individual interest in defending themselves implies that the interest which the applicants invoke is not a general, but rather a private, interest».

Førsteinstansretten kom til at selv om retten til forsvar er en generell (altså ikke privat) interesse var det klart at det i *denne* saken var en privat interesse som i realiteten var fremmet. Franchet og Byk hadde en personlig interesse i de dokumenter det var begjært innsyn i. Det var altså ikke mulig å fremme argumentasjon som generaliserte den private interessen. Her er det mulighet for å trekke paralleller til Schenker-saken. Også her kan det sies at DB Schenker har en privat interesse i dokumentene for å bruke disse i erstatningssøksmålet. Hvis man følger resonnementet til Førsteinstansretten i Franchet og Byk-saken, kan ikke denne interessen generaliseres til en offentlig interesse ved å vise til den overordnede tilknytningen til privat håndhevelse.

Tilsvarende argumentasjon er å spore i MyTravel-saken, slik den stod for Førsteinstansretten.²⁸³ Her kom retten frem til at erstatningskrav er en privat interesse.²⁸⁴ Saken var spesiell fordi det omtvistede dokumenter skulle brukes til et erstatningssøksmål mot Kommisjonen. I tillegg ble Førsteinstansrettens avgjørelse tilsidesatt i ankeomgangen, uten at det ble anledning til å drøfte «public interest».²⁸⁵ På grunn av disse forhold kan det argumenteres for at avgjørelsen ikke bør tillegges vekt. Hvis premissene leses nærmere bygger Førsteinstansretten på innsynsforordningens formål og uttalelser i Sison-saken om irrelevansen av personlige eller private interesser, som trolig kan få betydning for fremtidige saker.²⁸⁶

²⁸³ Sak T-403/05 My Travel Group plc mot Kommisjonen premiss 60-68.

²⁸⁴ Ibid. premiss 65 in fine.

²⁸⁵ Sak C-506/08 Sverige/MyTravel mot Kommisjonen premiss 120 og 121.

²⁸⁶ Jfr. også tilsvarende i Franchet og Byk-saken.

Rettspraksis gir altså det inntrykk at det *ikke* er mulig å generalisere private interesser og påberope disse i vurderingen av om det foreligger en overveiende allmenn interesse i offentliggjøring. Rent faktisk er det få innsynssaker hvor det ikke foreligger en privat interesse. Retten til dokumentinnsyn tilkommer private individer og normalt vil begjæringer sendes fordi man har en personlig interesse knyttet til et konkret tema eller en sak. Samtidig vil de forhold som ligger til grunn for forordningen alltid være tilstede og på en eller annen måte tale for offentlighet. Gode grunner taler for at domstolen alltid bør drøfte de formål som ligger til grunn for forordningen og vurdere om disse kan tilsi offentliggjøring – selv om vedkommende som begjærer innsyn har en privat interesse i dokumentene. I dette ligger det også en oppfordring til vedkommende som begjærer innsyn om ikke å argumentere for sin private interesse i innsyn i dokumentene, da dette er irrelevant.

Det kan vanskelig tenkes et tilfelle hvor det er mulig å anføre hensynet til den offentlige interesse i privat håndhevelse av konkurransereglene uten at dette er knyttet til innhenting av bevismateriale. Dette medfører at selv om man ved utøvelsen av privat håndhevelse fremmer offentlige interesser, er denne alltid linket til den private interesse. I vurderingen av om det foreligger en overveiende offentlig interesse for offentliggjøring kan hensynet til privat håndhevelse ikke tas i betraktning.

Konklusjonen er at når det søkes innsyn for å skaffe dokumentasjon til bruk i et erstatningssøksmål, er dette en privat interesse. Fordi det er en privat interesse kan den ikke tas med i vurderingen av om det foreligger en overveiende offentlig interesse i offentliggjøring.

4.5.5 Konsekvenser

Det følger av den overstående analysen at EFTA-domstolen har en annerledes tolkning av «public interest» enn EU-domstolen. Dette er problematisk av flere grunner. For det første

har Domstolen innledningsvis fastslått, på et bredt rettskildemessig grunnlag, at innsynsforordningen og innsynsreglene 2008 skal tolkes likt.²⁸⁷ EFTA-domstolen uttaler til og med at: «*A homogeneous interpretation of the RAD and Regulation 1049/2001 is therefore indispensable*».²⁸⁸ For det andre er det tale om en bevist tilsidesettelse av EU-domstolens tolkning. Både Kommisjonen og viser til hvordan “public interest” er tolket av EU-domstolen i sine prosedyrer.²⁸⁹ At tilsidesettelsen er bevisst følger av en sammensatt lesing av domspremissene. I premiss 132 uttaler EFTA-domstolen at Kommisjonens og ESAs synspunkt om at privat håndhevelse kun tjener private interesser *ikke* kan opprettholdes. I forlengelsen av dette uttaler domstolen i premissene 240-243 at ESA skulle ha vurdert om privat håndhevelse av konkurransereglene kunne medføre en overveiende offentlig interesse i offentliggjøring. For det tredje har EU-domstolens tolkning et bedre rettskildegrunnlag. Bakgrunnen for at EU-domstolen ikke anerkjenner privat håndhevelse som en offentlig interesse er at formålet med innsynsforordningen ikke er å fremskaffe bevismateriale til bruk i slike saker, *og* at det i tolkningen av innsynsforordningen ikke skal være relevant å ta slike individuelle behov i betraktning. Dette styrkes ytterligere ved at det i EU arbeides for å bedre prosessene for å fremme private søksmål som følge av brudd på konkurransereglene. Et av hovedpoengene i revisjonen er å gi bedre muligheter for å fremskaffe bevis da bevis i slike saker ofte er utilgjengelige. Dette skal løses på andre arenaer enn innsynsforordningen, og dette er nettopp fordi innsynsforordningen ikke skal brukes til slike tilfeller. At innsynsforordningen har fått en slik funksjon er altså bare et resultat av at det ikke er utviklet regler om fremskaffelse av bevis i EU til bruk for privat håndhevelse.

Kritikken hittil har i hovedsak vært fremmet fra et analytisk ståsted. Det er grunn til å stille spørsmål om hvilke praktiske konsekvenser tolkningsresultatet vil få i senere saker. Svaret er enkelt og greit at det ikke vil få noen konsekvenser. Uansett om EFTA-domstolen mener

²⁸⁷ Sak E-14/11 DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan. Premiss 118-121. Med RAD menes innsynsreglene 2008. Etter min vurdering må tilsvarende konklusjon også gjelde for innsynsreglene 2012 jfr. kapittel 3.3.4.

²⁸⁸ Ibid. Premiss 121 in fine.

²⁸⁹ Ibid. Premiss 232 og 236.

at privat håndhevelser er en privat eller offentlig interesse, følger det bare av avgjørelsen at dette er noe ESA skulle ha vurdert.²⁹⁰ EFTA-domstolen mener altså at hensynet til privat håndhevelse av reglene skal ha relevans i vurderingen av om det foreligger en overveiende offentlig interesse i offentliggjøring, men det sies ingen ting om hvilken vekt denne interessen skal ha. I vektingen av de ulike interessene står ESA fritt. Dette medfører at ESA kan komme til at denne interessen ikke vil veie opp for de interesser som i den konkrete saken er beskyttet av et av unntakene. På bakgrunn av rettskildematerialet i EU om dette, vil en slik interesse sjeldent kunne føre frem.²⁹¹ I tillegg har domstolen begrenset adgang til å overprøve en slik vurdering. Prøvingen gjelder da kun om det om det foreligger «manifest error of assessment» eller «misuse of power» jfr. Sison-saken.²⁹²

Spørsmålet om privat håndhevelse av konkurransereglene vil uten tvil komme opp for EFTA-domstolen på nytt. Fordi uttalelsene i Schenker-saken var så tydelige, er det liten grunn til å tro at domstolen vil endre sitt standpunkt. Det interessante er om Kommisjonen eller ESA i sine prosedyrer for retten velger å angripe dette eller om de lar saken ligge.

4.5.6 Oppsummering

I vurderingen av om det foreligger en overveiende offentlig interesse i offentliggjøring skal de offentlige interesser holdes opp mot den aktuelle potensielt skadede interessen ved offentliggjøring. De offentlige interesser som er relevante i denne vurderingen er både de som ligger til grunn for forordningen og øvrige offentlige interesser. Selv om det derfor er et bredt spekter av offentlige interesser som kan tas i betraktning synes rettspraksis å mene at det i lovgivningsmessige saker først og fremst er de hensyn som ligger til grunn for forordningen som kan medføre offentliggjøring, i hvertfall er disse særlig vektige i slike saker. Til forskjell fra administrative saker (og dermed konkurransesaker) er det offentlige

²⁹⁰ Ibid. Premiss 243.

²⁹¹ Omtalt ovenfor i 2.5.2 og 2.53. Offentlige interesser som ligger utenfor forordningen vil sjeldent kunne føre frem fordi forordningen selv angir hvilke formål som gjør seg gjeldene i anvendelsen av forordningen. Antitetisk vil andre offentlige interesser ikke være mindre vektige. Se uttalelsen til Generaladvokat J. Kokott i sak C-506/08 Sverige mot Kommisjonen premiss 49 med videre henvisninger.

²⁹² Sak C-266/05 Sison mot Rådet. Premiss 64 in fine.

hensyn som er forskjellige fra de som ligger til grunn for forordningen som skal vurderes, da de hensyn som ligger til grunn for forordningen i slike saker må gjøre seg gjeldende på en presserende måte i den konkrete saken, for at den skal kunne medføre offentliggjøring.

Hvem som har bevisbyrden for at det foreligger en slik overveiende offentlig interesse beror på om det i tilknytning til sakstypen gjelder en generell presumsjon for eller mot offentliggjøring. I konkurransesaker gjelder det ingen presumsjon, og hovedregelen er dermed at institusjonen (ESA eller Kommisjonen) må foreta denne vurderingen på eget initiativ.

Hvorvidt privat håndhevelse skal regnes som en offentlig interesse i vurderingen av om det foreligger en overveiende offentlig interesse i offentliggjøring er besvart bekreftende av EFTA-domstolen men benektende av EU-domstolen. Etter min vurdering er det god grunn for å kritisere EFTA-domstolens standpunkt på dette punkt.

5 Avslutning

I oppgavens generelle del ble den historiske utviklingen av innsynsregler hos Kommisjonen og ESA fremstilt. Den overordnede utviklingen i EU har hele tiden gått i retning av mer åpenhet som er illustrert ved at det er gitt rettslige bindende regler om innsyn, og at det føres en liberal åpenhetspraksis. Det har vært et særlig fokus på å styrke det formelle rettslige grunnlaget for innsynsretten. Regler om innsyn var først regulert i Kommisjonens forretningsorden, men er i dag et grunnleggende prinsipp med rettslig forankring i EUs grunnleggende traktater, og detaljerte regler i innsynsforordningen. Rettspraksis viser at det stadig er enkelte uklarheter ved reglene, og revideringen av innsynsforordningen har vist seg å være problematisk. Det er seks år siden revisjonsarbeidet ble påbegynt, uten at det foreligger enighet mellom EU-institusjonene og EUs medlemsstater.

Utviklingen hos ESA har også hele tiden gått i retning av mer åpenhet. ESA har en liberal åpenhetspraksis, og lanserte i april 2013 en dokumentbase hvor det er mulig å søke i tidligere offentliggjorte dokumenter. Til forskjell fra Kommisjonen er grunnlaget for innsyns krav hos ESA fortsatt regulert i deres forretningsorden. Dette skyldes først og fremst at det i EØS ikke har skjedd en tilsvarende oppdatering av traktatene, slik som i EU. Det har derfor ikke vært anledning til å innta regler om innsyn og offentlighet i EØS-avtalen. Én av hovedproblemstillingene har vært om det hos ESA kan oppstilles en innsynsrett på ulovfestet grunnlag. På bakgrunn av det foreliggende rettskildemateriale, særlig uttalelsene i Schenker-saken, ble dette besvart bekreftende. De sentrale rettskildefaktorene i denne vurderingen var homogenitetsmålsetningens krav til likebehandling av aktører i EØS, og EFTA-domstolens krav til gjensidighet som nå for første gang ble anvendt ovenfor ESA. Det er tungtveiende rettspolitiske betraktninger som ligger til grunn for en innsynsrett. Disse begrunner både rettens eksistens, men kan også bidra til EFTA-statenes etterfølgende aksept av utvidelsen av EØS-avtalen på dette punkt. Konsekvensene av at det er en ulovfestet rett til dokumentinnsyn hos ESA er at retten må ha det samme innhold som i EU. Dette medfører at EUs tolkning og praksis vil være relevante rettskildefaktorer i tolkningen av ESAs innsynsregler. En annen viktig

konsekvens er at ESA ikke står fritt til å endre sine innsynsregler. Våren 2013 verserer det seks innsynssaker for EFTA-domstolen, og i disse sakene må EFTA-domstolen ta stilling til det rettslige grunnlaget for en innsynsrett hos ESA.

Adgangen til å oppnå dokumentinnsyn i traktatbruddssaker er noe begrenset. Grunnen er den vide unntaksadgangen, i tillegg til at nasjonalstatene i praksis har vetorett i spørsmålet om offentliggjøring. Prosedyren i slike saker er også preget av politikk og diplomati, hvilket medfører at ikke nødvendigvis all informasjon blir nedtegnet skriftlig. Det er grunn til å tro at Kommisjonen og ESA mottar et lavere antall innsynsbegjæring i traktatbruddssaker, fordi det ofte vil være mer nærliggende å begjære innsyn hos den respektive medlemsstaten.

Tre problemstillinger er blitt behandlet i oppgavens spesielle del, som undersøkte innsynsreglenes funksjon på konkurranserettens område. Den første problemstillingen var knyttet til hvilke unntak, og på hvilke grunnlag, Kommisjonen og ESA er fritatt for plikten til konkret vurdering. Analysen av rettspraksis fra EU viste at en generell presumsjon mot offentliggjøring, i den forstand at innsyn ikke skal gis, vil frita for plikten til konkret vurdering. På konkurranserettens område er det usikkert om de begrensede regler om partsinnsyn kan gi grunnlag for en presumsjon mot offentliggjøring.

Den andre problemstillingen var å kartlegge det nærmere innholdet av unntaket til beskyttelse av kommersielle interesser. Unntaket er særlig aktuelt i konkurransesaker. En analyse av rettspraksis viste at to vilkår må være oppfylt for at informasjon (nedfelt i et dokument) dekkes av unntaket. For det første må offentliggjøring medføre betydelig skade på et foretaks kommersielle interesser, og denne skaden må være beskyttelsesverdig. Vurdering av vilkårene må knytte seg til interessen som sådanne, og ikke til bruken av informasjonen. Videre må unntaket tolkes i overensstemmelse med reglene om taushetsplikt. Opplysninger som er beskyttet av taushetsplikten, kan ikke offentliggjøres på grunnlag av innsynsforordningen.

Den tredje problemstillingen var knyttet til interesseavveiningen om en «*overriding public interest in disclosure*». På bakgrunn av rettspraksis må de offentlige interesser som er relevante i vurderingen avgrenses mot de rent private interesser. Videre kan man både påberope seg de offentlige interessene som ligger til grunn for innsynsreglene, og også øvrige offentlige interesser. EFTA-domstolen har, i motsetning til EU-domstolen, vurdert at privat håndhevelse av konkurranseretten er en offentlig interesse som skal tas med i denne vurderingen.

Avhandlingen har vist at rettsområdet for dokumentinnsyn er dynamisk og under utvikling. Det blir interessant å se hva utfallet blir av EUs revidering av innsynsforordningen, og avklaringen av det rettslige grunnlaget for en innsynsrett hos ESA.

6 Litteraturliste

BØKER

- Sejersted (1997) Fredrik Sejersted. *Innsyn og integrasjon*. Universitetsforlaget, 1997.
- Schønberg (2000) Søren J. Schønberg. *Legitimate Expectations in Administrative Law*. 1. utgave. Oxford University Press, 2000.
- Thomas (2000) Robert Thomas. *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrativ Law*. 1. utgave. Hart Publishing, 2000.
- Ruud (2006) Morten Ruud og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*. 3. utgave. Universitetsforlaget, 2006.
- EØS-rett (2011) Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyen og Olav Kolstad. *EØS-rett*. 3. utgave. Oslo, Universitetsforlaget, 2011.
- Craig (2011) Paul Craig og Gráinne De Búrca. *EU-Law*. 5. utgave. Oxford University Press, 2011.
- Craig (2012) Paul Craig. *EU Administrative Law*. 2. utgave. Oxford University Press, 2012.
- Driessen (2012) Bart Driessen. *Transparency in EU Institutional Law – A practitioner's Handbook*. 2. utgave. Kluwer Law International, 2012
- Fredriksen (2012) Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*. 1. Utgave. Bergen, Fagbokforlaget, 2012.

REDIGERTE BØKER

- The EFTA Court (2005) *The EFTA Court, Ten Years On*. Redigert av Carl Baudenbacher, Per Tresselt og Thorgeir Orlygsson. 1. Utgave. Hart Publishing. 2005.

ARTIKLER

- Peers (2002) Peers, Steve. From Maastricht to Laeken: The Political Agenda of Openness and Transparency in the European Union. Utgitt av European Institute of Public Administration. 2002, side 7-32
- Harden (2002) Harden, Ian. *The European Ombudsman's Efforts to Increase Openness in the Union*. I: Increasing Transparency in the European Union? Utgitt av European Institute of Public Administration. 2002, side 123-146
- Peers (2003) Peers, Steve. *The New regulation on Access to Documents: A Critical Analysis*. I: Yearbook of European Law 2001-2002, Vol. 21. Oxford Univeristy Press, 2003. Side 7-32.
- Kranenborg (2006) Kranenborg, H. R. *Is it Time to Revise the European Regulation on Public Access to Documents?* I: European Public Law. Årg. 12 (2006) side 251-274
- Leino (2008) Leino, Päivi. *Case C-64/05 P, Kingdom of Sweden v. Commission of the European Communities and Others, Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 18 December 2008*, nyr. I: Common Market Law Review. Årg. 45 (2008) side 1469-1486.
- Fredriksen (2009) Fredriksen, Halvard Haukeland. *Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven?* I: Tidsskrift for rettsvitenskap 2009. Side 507-576.
- Fredriksen (2010) Fredriksen, Halvard Haukeland. *Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen? – Noen betraktninger om størrelsen «gjeldende EØS-rett»*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap 2010. Side 247-287.
- Curtin m.fl (2013) De4idre Curtin, Herwig Hofmann og Joana Mendes. *Constitutionalising EU Executive Rule-making Procedures: A Research Agenda*. I: European Law Journal 2013. Volum 19. Side 1-21.

GRUNNLEGGENDE TRAKTATER – EU

Lest og sitert fra <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/index.htm>

EFT	Traktaten om den Europeiske Union, konsolidert versjon 1992, publisert OJ 92/C 224/01.
TEU	Traktaten om den Europæiske Union, konsolidert versjon 2008, publisert i Den Europæiske Unionstidende 08/C 115/13.
TEUV	Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde, konsolidert versjon 2008, publisert i Den Europæiske Unionstidende 08/C 115/47.
EUC	Den Europæiske Unions charter om grunnleggende rettigheter, konsolidert versjon 2012, publisert i Den Europæiske Unionstidende 12/C 326/391.

TRAKTATER

Lest og sitert fra <http://www.lovdata.no> og
<http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/europe.xml>

EØS-avtalen	Avtale om det europeiske samarbeidsområdet, (1992).
ODA	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, (1992)
EMK	Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon, (1950)
VCLT	Vienna Convention on the Law of Treaties, (1969)

FORORDNINGER

Lest og sitert fra <http://www.eur-lex.com>

Forordning nr. 45/2001	Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 45/2001 af 18. december 2000 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger i fællesskabsinstitutionerne og -organerne og om fri udveksling af sådanne oplysninger
------------------------	--

Forordning nr. 1049/2001	Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 af 30. maj 2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter.
Forordning nr. 1/2003	Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82
Forordning nr. 139/2004	Rådets Forordning (EF) Nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser
Forordning nr. 773/2004	Kommissionens forordning (EF) nr. 773/2004 af 7. april 2004 om Kommissionens gennemførelse af procedurer i henhold til EF-traktatens artikel 81 og 82

NORSKE LOVER

Lest og sitert fra <http://www.lovdato.no>

Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814

Lov 1992-11-27 nr 109: Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

EU-DOMSTOLEN

Lest og sitert fra <http://www.eur-lex.com> og <http://curia.europa.eu/>.

Sak C-148/73	<i>Louwage mot Kommisjonen</i> . Saml. 1973. I-00081
Sak C-58/94	<i>Nederland mot Rådet</i> . Saml. 1996. I-02169
Sak C-535/99	<i>Rådet mot Heidi Hautala</i> . Saml. 2001. I-09565
Sak C-453/99	<i>Courage Ltd. mot Crehan</i> . Saml. 2001. I-06297
Sak C-189/02, C-202/02, C-205/02, C-208/02 og C-213/02	<i>Dansk Rørindustri m.fl. mot Kommisjonen</i> . Saml. 2005. I-05425

Sak C-295/04 og C-298/04	<i>Manfredi m.fl mot Assitalia SpA</i> . Saml. 2006. I-06619
Sak C-39/05 og C-52/05	<i>Sverige og Turco mot Rådet</i> . Saml. 2008. I-04723
Sak C-64/05	<i>Sverige mot Kommisjonen</i> . Saml. 2007. I-11389
Sak C-266-05	<i>Sison mot Rådet</i> . Saml. 2007. I-01233
Sak C-139/07	<i>Kommisjonen mot TGI</i> . Saml. 2010. I-05885
Sak C-362/08	<i>Int. Hilfsfonds mot Kommisjonen</i> . Saml. 2010. I-00669
Sak C-506/08	<i>Sverige/My Travel mot Kommisjonen</i> . Ikke publisert.
Sak C-360/09	<i>Pfleiderer AG mot Bundeskartellamt</i> . Ikke publisert.
Sak C-404/10	<i>Kommisjonen mot Odile Jacob</i> . Ikke publisert.
Sak C-477/10	<i>Kommisjonen mot Agrofert</i> . Ikke publisert.
Sak C-135/11	<i>IFAW II mot Kommisjonen</i> . Ikke publisert.
Sak C-280/11	<i>Rådet mot Access Info Europe</i> . Pågående sak.
Sak C-365/12	<i>Kommisjonen mot EnBW</i> . Pågående sak.

UTTALELSER FRA GENERALADVOKAT

Lest og sitert fra <http://www.eur-lex.com>

Uttalelse fra Generaladvokat Tesauro avgitt 28. november 1995 i sak C-58/94. Saml. 1996. I-02169.

Uttalelse fra Generaladvokat Poiares Maduro avgitt 29. november 2007 i forenede saker C-39/05 og C-52/05. Saml. 2008. I-04723.

Uttalelse fra Generaladvokat J. Kokott avgitt 3. mars 2011 i sak C-506/08 Sverige mot Kommisjonen. Ikke publisert.

FØRSTEINSTANSRETTE

Lest og sitert fra <http://www.eur-lex.com> og <http://curia.europa.eu/>.

Sak T-105/95 *WWF mot Kommisjonen*. Saml. 1997. II-00313

Sak T-174/95	<i>Sv. Journalistförbundet mot Rådet</i> . Saml. 1998. II-02289
Sak T-14/98	<i>Heidi Hautala mot Rådet</i> . Saml. 1999. II-02489
Sak T-211/00	<i>Kuijer mot Rådet</i> . Saml. 2002. II-00485
Sak T-237/02	<i>TGI mot Kommisjonen</i> . Saml. II- 05131
Sak T-2/03	<i>VKI mot Kommisjonen</i> . Saml. 2005. II-01121
Sak T-84/03	<i>Turco mot Rådet</i> . Saml. 2004. II-04061
Sak T-198/03	<i>Bank Austria mot Kommisjonen</i> . Saml. 2006. II-01429
Sak T-391/03 og T-70/04	<i>Franchet og Byk mot Kommisjonen</i> . Saml. 2006. II-02023
Sak T-194/04	<i>Bavarian Lager mot Kommisjonen</i> . Saml. 2007. II-04523
Sak T-403/05	<i>MyTravel Group plc. mot Rådet</i> . Saml. 2008. II-02027
Sak T-437/08	<i>CDC Hydrogene mot Kommisjonen</i> . Ikke publisert.
Sak T-344/08	<i>EnBW AG mot Kommisjonen</i> . Ikke publisert.
Sak T-439/08	<i>Joséphidès mot Kommisjonen</i> . Ikke publisert.
Sak T-233/09	<i>Access Info Europe mot Rådet</i> . Ikke publisert.

EFTA-DOMSTOLEN

Avgjørelser og høringsrapporter er lest og sitert fra: <http://www.eftacourt.int>

Sak E-9/97	<i>Sveinbjörnsdóttir mot Island</i> . EFTA Court Report 1998, p. 95
Sak E-3/98	<i>Hervert Rainford-Towning</i> . EFTA Court Report 1998, p.205
Sak E-9/07 og E-10/07	<i>L'Oréal m.fl.</i> EFTA Court Report 2008, p.259
Sak E-18/11	<i>Irsk Bank mot Kaupthing Bank</i> . Ikke publisert.
Sak E-14/11	<i>DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan</i> . Ikke publisert.
Sak E-4/12 og E-5/12	<i>Risdal Touring AS og Konkurrenten.no mot EFTAs Overvåkningsorgan</i> . Pågående sak.
Sak E-7/12	<i>DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan</i> . Pågående sak.
Sak E-8/12	<i>DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan</i> . Pågående sak.
Sak E-4/13	<i>DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan</i> . Pågående sak.
Sak E-5/13	<i>DB Schenker mot EFTAs Overvåkningsorgan</i> . Pågående sak.

ÅRSRAPPORTER FRA KOMMISSJONEN

Lest og sitert fra: http://ec.europa.eu/transparency/access_documents/reports_en.htm

- COM (2003) 216 Report from the Commission on the application in 2002 of Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents. Brussels, 29.4.2003
- COM (2011) 492 Report from the Commission on the application in 2010 of Regulation (EC) No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents. Brussels, 12.8.2011
- COM (2012) 429 Report from the Commission on the application in 2011 of Regulation (EC) No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents. Brussels, 2.8.2012

ÅRSRAPPORTER FRA DEN EUROPEISKE OMBUDSMANNEN

Lest og sitert fra: <http://www.ombudsman.europa.eu/da/activities/annualreports.faces>

Årsberetning 2011 Nikiforos Diamandouros, 13. februar 2012

ÅRSRAPPORTER FRA ESA

Lest og sitert fra <http://www.eftasurv.int/press--publications/annual-reports/archives/>

Utleveres av ESA på forespørsel:

Annual report 1994

Annual report 1996

Annual report 1997

Annual report 1998

Finnes elektronisk på ESAs nettsider:

Annual report 2008

Annual report 2009

Annual report 2010

Annual report 2011

Annual report 2012

EU – FORARBEIDER

Lest og sitert fra <http://ec.europa.eu/prelex/apcnet.cfm?CL=en> og
<http://www.europarl.europa.eu/oeil>

COM (2008) 165 White Paper. *Damages actions for breach of the EC antitrust rules*. Brussels, 2.4.2008

COM (2007) 185 Green Paper. *Public Access to Documents held by institutions of the European Community*. Brussels, 18.4.2007

COM (2005) 672 Green Paper. *Damages actions for breach of the EC antitrust rules*. Brussels, 19.12.2005

COM (2011) 137 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents. Brussels, 21.3.2011.

P7_TA (2011) 0580 Public access to European Parliament, Council and Commission documents. European Parliament legislative resolution of 15 December 2011 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents (recast) (COM(2008)0229 – C6-0184/2008 – 2008/0090(COD)). Strasbourg, 15.12.2011.

NORSKE FORARBEIDER

Lest og sitert fra <http://www.regjeringen.no>

NOU 2012: 7	<i>Mer effektiv konkurranselov</i>
NOU 2012: 2	<i>Innenfor og utenfor</i>
NOU 1999: 30	<i>Ny offentlighetslov</i>
Prop. 75 L (2012-2013)	<i>Endringer i konkurranseloven</i>

OFFENTLIGE DOKUMENTER

Den Europeiske Union

Lest og sitert fra <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm>

Public access to the institutions' documents (Communication to the Council, the Parliament and the Economic and Social Committee). Publisert i OJ 1993/C 156/05.

Communication to the council, the Parliament and the Economic and Social Committee: OPENNESS IN THE COMMUNITY. Publisert i OJ 1993/C 166/04.

Code of conduct concerning public access to Council and Commission documents. Publisert i OJ 1993/L 46/58.

European Economic Area. EFTA Surveillance Authority. Rules of procedure of the EFTA Surveillance Authority. Publisert i OJ 1994/L 113/19.

Special report from the European Ombudsman to the European Parliament following the own-initiative inquiry into public access to documents. Publisert i OJ 1998/C 44/9.

EFTA Surveillance Authority Decision No 272/02/COL of 18 December 2002 amending for the third time the Rules of Procedure of the EFTA Surveillance Authority. Publisert i OJ 2003/L 080/34.

Commission Notice on the rules for access to the Commissions file in cases pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, Articles 53, 54 and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation (EC) No 139/2004. Publisert i OJ 2005/C 325/7.

Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases. Publisert i OJ 2006/C 298/11.

Commission Decision of 5 December 2001 amending its rules of procedure. Publisert i OJ 2008/C 115/01.

Eftas Overvåkningsorgan

Lest og sitert fra <http://efta.int/publications/eea-supplements.aspx>

Kunngjøring om reglene for innsyn i EFTAs overvåkningsorgans saksdokumenter i saker i henhold til EØS-avtalen artikkel 53, 54 og 57. EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende. 14 årgang. Nr. 50. 25.10.2007.

PRESSEMELDINGER FRA ESA

Lest og sitert fra <http://www.eftasurv.int>

PR (13) 32 *ESA lanserer offentlig dokumentbase.* 11.4.2013

AVISARTIKLER

Tilgjengelig elektronisk (krever innlogging): <http://www.dn.no/avis/arkiv>

Dagens Næringsliv: 08.03.96, 12.03.96, 13.03.96, 21.03.96 og 24.10.96

NETTDOKUMENTER

http://www.eftasurv.int/http://www.eftasurv.int/media/decisions/407-08-COL_Access_to_documents.pdf [Sitert 25. mai 2013].

<http://www.eftasurv.int/press--publications/rules-on-access-to-documents/> [sitert 29. mai 2013].

<http://www.stortinget.no/nn/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Referater/Europautvalget/1996-1997/18-september-1997/> [sitert 7. mai 2013].

PERSONLIG MEDDELELSE

Mathisen (2012)

Mathisen, Gjermund. E-post. 23. november 2012.